



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESIS DOCTORAL

**COHESIÓN SOCIAL E INTERVENCIÓN
ADMINISTRATIVA EN EL
TERRITORIO URBANO**
(con especial referencia a España y Chile)

Autor:

Enrique Rajevic Mosler

Director:

Luciano Parejo Alfonso

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO DEL ESTADO

Getafe, septiembre de 2010

TESIS DOCTORAL

COHESIÓN SOCIAL E INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL TERRITORIO URBANO (con especial referencia a España y Chile)

Autor: Enrique Rajevic Mosler

Director: Luciano Parejo Alfonso

Firma del Tribunal Calificador

Firma

Presidente: Dr. D. Angel Menéndez Rexach

Vocal: Dr. D. José María Baño León

Vocal: Dr. D. Juli Ponce Sole

Vocal: Dr. D. Ángel Manuel Moreno Molina

Secretario: Dr. D. Marcos Vaquer Caballería

Calificación:

Getafe, de de

Índice

ABREVIATURAS	7
PRESENTACIÓN	10
INTRODUCCIÓN.....	13
¿QUÉ ES LA SEGREGACIÓN SOCIOESPACIAL O RESIDENCIAL?	13
CAPÍTULO 1. LAS DIFERENTES TENDENCIAS DEL DESARROLLO URBANO EN EUROPA E IBEROAMÉRICA Y SUS EFECTOS EN LA SEGREGACIÓN SOCIOESPACIAL	18
1. INTRODUCCIÓN.....	18
2. LA CIUDAD EUROPEA.....	18
2.1. CIUDADES MEDIEVALES Y BARROCAS	18
2.2. LA EXPLOSIÓN URBANA: REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y REACCIONES	25
2.2.1. <i>El crecimiento urbano en cifras</i>	25
2.2.2. <i>El socialismo utópico y el marxismo</i>	28
2.2.3. <i>La reacción de los poderes públicos durante el siglo XIX: urbanismo sanitario, reforma de la ciudad existente y creación de nuevos espacios urbanos</i>	33
a) De las alineaciones y ordenanzas al urbanismo sanitario	33
b) Cerdá y Barcelona	39
c) Haussman y París.....	42
2.3. LAS RESPUESTAS DEL SIGLO XX.....	45
2.3.1. <i>Las nuevas teorías urbanísticas: la ciudad jardín y el funcionalismo</i>	45
a) El movimiento de las ciudades jardín. La ciudad lineal.	45
b) El funcionalismo.....	48
2.3.2. <i>Emergencia del Derecho urbanístico. El urbanismo como una función pública</i>	56
2.3.3. <i>Transición demográfica europea, contraurbanismo y difusión urbana</i>	61
a) Urbanización y fin de la transición demográfica	61
b) <i>Metropolización y contraurbanismo</i> . Hacia las ciudades difusas	63
c) La agudización de la segmentación socioespacial. Valoración de los centros urbanos y expulsión de los pobres a la periferia. Los desafíos de la inmigración y el multiculturalismo	67
3. LA CIUDAD AMERICANA	70
3.1. LOS SIGLOS XVI A XIX. LA COLONIZACIÓN COMO URBANIZACIÓN ORDENADA. CATÁSTROFE Y RECUPERACIÓN DEMOGRÁFICA.....	70
3.1.1. <i>Conquista, urbanización y catástrofe demográfica</i>	70
3.1.2. <i>La fundación de ciudades. La retícula ortogonal y cuadricular</i>	73
3.1.3. <i>La recuperación demográfica y los avances de la urbanización</i>	77
3.2. EL SIGLO XX: DESBORDE DEL ORDEN	79
3.2.1. <i>Urbanización y explosión demográfica. Una acelerada transición demográfica</i>	79
<i>Sudamérica</i>	80
3.2.2. <i>Metropolización y megaciudades. De la migración campo-ciudad a la migración interurbana</i>	82
a) Metropolización y macrocefalia urbana.....	82
b) Procesos de migración	84
3.2.3. <i>Impactos sobre la forma urbana: desorden y extensión</i>	86
a) El desorden.....	86
b) La extensión	87
3.2.4. <i>Pobreza y riqueza. Extensión y segmentación</i>	88
a) Los enclaves exclusivos: la suburbanización de las élites.....	89
b) Los guettos de pobres y el crónico déficit de viviendas	92
c) Una elevada desigualdad.....	94
3.2.5. <i>Intervención del Estado y nuevos instrumentos jurídicos</i>	95
a) El énfasis en la política habitacional. Ecos del urbanismo sanitario	95
b) El planeamiento urbanístico y la germinación de un Derecho urbanístico.	97
3.2.6. <i>El modelo estadounidense y su influencia.</i>	103

a) El proceso de urbanización en Estados Unidos. Recelo de la ciudad concentrada.	103
b) <i>Urban sprawl</i> : un modelo de crecimiento disperso	106
c) Los costos ambientales del <i>Urban sprawl</i>	108
d) Los costos sociales del <i>Urban sprawl</i> : la segmentación socioespacial	109
4. BREVE SÍNTESIS. RASGOS DIFERENCIADORES Y PROBLEMAS COMUNES	114
4.1. SÍNTESIS URBANA EUROPEA Y LATINOAMERICANA	114
4.2. CIUDADES DIFUSAS, SEGREGACIÓN URBANA	115
4.3. INTERVENCIÓN EN EL MERCADO DEL SUELO	117
CAPÍTULO 2. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS COMO NECESARIO MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO URBANÍSTICO	119
1. INTRODUCCIÓN	119
2. LOS DERECHOS DE “PRIMERA GENERACIÓN”: PROPIETARIOS Y EMPRESARIOS	121
2.1. UN PANORAMA GENERAL: DEL DERECHO PRIVADO DECIMONÓNICO AL DERECHO PÚBLICO DEL SIGLO XX.	121
2.1.1. <i>La propiedad en los códigos civiles decimonónicos</i>	121
2.1.2. <i>Interés general y propiedad: La función social</i>	124
2.1.3. <i>Garantía institucional, contenido esencial y propiedad</i>	129
2.2. DERECHO DE PROPIEDAD Y LIBERTAD DE EMPRESA EN ESPAÑA.	139
2.2.1. <i>Fundamentalidad y contenido esencial de la propiedad en la CE</i>	139
2.2.2. <i>Delimitación y función social de la propiedad: concepción estatutaria del derecho de propiedad urbana</i>	147
2.2.3. <i>La libertad de empresa</i>	157
2.2.4. <i>Propiedad y actividad urbanizadora: unidad (LS 56) y separación (LS 2007)</i>	162
a) El modelo de la LS 56: la actividad urbanizadora unidad a la propiedad.	163
b) El canto de cisne del urbanismo estatal: la LRRUVS 90 y sus críticas.	167
i. Perspectivas críticas: la demanda de un menor intervencionismo público.	168
ii. Perspectivas críticas: la actividad urbanizadora en el marco de la libertad de empresa y no en el de la propiedad	170
c) La STC 61/1997, de 20 de marzo, y el repliegue del ordenamiento estatal: la LRSV y el enfoque de una “liberalización espacial”.	174
d) El modelo alternativo de la “liberalización de la actividad”: la LRAUValencia de 1994 y el art. 4.3 de la LRSV	177
e) La separación entre propiedad y actividad urbanizadora en el art. 6 a) del TRLS 2008.	185
f) Las críticas del Parlamento Europeo.	186
2.3. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN CHILE	191
2.3.1. <i>Fundamentalidad y contenido esencial de la propiedad en la CPR: la exacerbación del subjetivismo propietario</i>	192
2.3.2. <i>Delimitación y función social de la propiedad: una concepción estatutaria implícita</i>	201
2.3.3. <i>Modelo económico y libertad de empresa en Chile: el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica</i>	215
2.3.4. <i>Propiedad y actividad urbanizadora</i>	218
3. LAS SIGUIENTES “GENERACIONES” DE DERECHOS: EL ESTATUTO DEL CIUDADANO.	224
3.1. EL DERECHO A DISFRUTAR DE UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.	225
3.1.1. <i>La emergencia de este derecho</i>	226
a) Breve apunte sobre los derechos sociales	226
b) La vivienda como derecho.	233
c) El derecho a la ciudad	241
3.1.2. <i>El derecho a la vivienda en el ordenamiento español: un principio rector de la política social y económica</i>	248
a) Los principios rectores de la política social y económica.	248
b) El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada en el ordenamiento español	252
3.1.3. <i>El derecho a la vivienda en el ordenamiento chileno</i>	255
a) Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución chilena de 1980.	255
b) El derecho a una vivienda adecuada en Chile.	257
3.2. EL DERECHO A UN DESARROLLO URBANO SOSTENIBLE	259
3.2.1. <i>El derecho a un medio ambiente adecuado</i>	259

a) El Derecho al medio ambiente en los ordenamientos constitucionales.	259
b) Derecho al medio ambiente y desarrollo sostenible.	262
c) El desarrollo urbano sostenible. De Aalborg a Leipzig.	265
3.2.2. <i>El desarrollo urbano sostenible en el ordenamiento español.</i>	269
a) El derecho al medio ambiente en la CE.	269
b) La recepción del principio de desarrollo sostenible en la legislación española, particularmente la urbanística.	270
3.2.3. <i>El desarrollo urbano sustentable en el ordenamiento chileno.</i>	275
a) El derecho al medio ambiente en la CPR.	275
b) La noción de desarrollo sustentable en el ordenamiento chileno y su aplicación al urbanismo.	276
CAPÍTULO 3. LA INTERVENCION PÚBLICA PARA EVITAR LA SEGREGACIÓN SOCIOESPACIAL.....	278
1. ALGUNAS CAUSAS Y MECANISMOS QUE FAVORECEN LA SEGREGACIÓN SOCIOESPACIAL.....	278
1.1. EL MERCADO DEL SUELO Y LAS RENTAS URBANAS: EL PRECIO DEL SUELO COMO PRIMER MECANISMO DE EXCLUSIÓN.	278
1.2. LAS PREFERENCIAS DE LAS PERSONAS Y LA SEGREGACIÓN.	280
1.2.1. <i>NIMBYs, LULUs y planeamiento urbano (“exclusionary housing”)</i>	280
1.2.2. <i>Las urbanizaciones de interés común (“condominios”, “gated communities”, “countries”, etc.)</i>	283
1.2.3. <i>El cierre de calles públicas por razón de seguridad: otra privatización del espacio público.</i>	296
1.3. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SEGREGADORAS.	304
1.3.1. <i>La política urbanística subordinada a la política de vivienda. El urbanismo como política horizontal y la vivienda como política sectorial.</i>	304
a) Un “urbanismo de segunda categoría” para promover viviendas baratas. El dilema cantidad/calidad.	305
b) Un urbanismo subordinado a la vivienda como política económica.	315
1.3.2. <i>La política de crecimiento urbano: segregación y asentamientos difusos o concentrados.</i>	321
a) La liberalización espacial de 1979 en Chile, su rectificación y ¿resurrección?	322
b) La liberalización espacial de 1996 en España	331
1.3.3. <i>Otras políticas públicas</i>	335
2. INSTRUMENTOS PARA COMBATIR LA SEGREGACIÓN	337
2.1. LA INTERVENCIÓN EN EL MERCADO DEL SUELO	338
2.1.1. <i>Los patrimonios públicos de suelo</i>	338
a) Evolución en el Derecho urbanístico español.	338
b) El destino de los terrenos adscritos a este patrimonio como expresión de la función social de la propiedad: progresiva ampliación y flexibilización	344
c) Los derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto): un medio privilegiado para incrementar los patrimonios públicos de suelo	351
d) Un segundo medio privilegiado: las reservas de suelo para los patrimonios públicos de suelo	354
e) Especulación pública y patrimonios de suelo	357
f) El derecho de superficie como una forma de gestionar el suelo público.	362
2.1.2. <i>El suelo público en Chile</i>	367
a) Las potestades para adquirir y gestionar suelo: de la CORMU a los SERVIU	367
b) El artículo 50 de la LGUC y su potencial carácter especulativo: el ejemplo de la toma de Peñalolén.	371
c) Medios para incrementar y gestionar el suelo público	377
2.2. LA REGULACIÓN URBANÍSTICA INCLUSIVA Y LA MOVILIZACIÓN DE PLUSVALÍAS PARA CONCRETARLA	383
2.2.1. <i>El caso español</i>	383
a) Directrices legales o reglamentarias para un planeamiento inclusivo	383
b) La vivienda protegida como estándar del planeamiento: inicios, rechazo inicial y consagración en la LS 2007	390
c) Las cesiones de suelo edificable. El art. 39.2 TRLS 2008 como garantía de su destinación.	418
d) La equidistribución como herramienta de financiación y homogeneización espacial	423
e) Las potencialidades de las leyes autonómicas de vivienda	425
2.2.2. <i>El caso chileno.</i>	427
a) El panorama general: la ausencia de directrices, estándares y reservas.	428
b) El modelo de los desarrollos urbanos condicionados: de las ZDUC de Chacabuco a los PDUC.	428
c) Los estándares urbanísticos inclusivos como exigencias de los programas de vivienda social: FSV, subsidio a la localización y Proyectos de Integración Social.	432
d) Una propuesta alternativa frustrada: las cesiones del urbanizador para vivienda social	436
2.2.3. <i>Otros modelos.</i>	437

a) La exigencia de cuotas mínimas de vivienda social o protegida como obligación de resultado: la LSRU francesa	437
b) Fórmulas latinoamericanas: Las operaciones interligadas en Brasil y las reservas para vivienda social en Colombia	437
2.3. EL CONTROL DE LA COHESIÓN SOCIOESPACIAL	438
CAPÍTULO 4. CONCLUSIONES: HACIA UN ENFOQUE DE DERECHOS QUE GARANTICE LOS DERECHOS A LA VIVIENDA Y A LA CIUDAD.....	442
BIBLIOGRAFÍA	446

Abreviaturas

NORMAS ESPAÑOLAS:

Cc:	Código civil de España (1889)
CE:	Constitución Española (1978)
LBRL:	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE núm. 80, de 03.04.1985)
LDVCataluña:	Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña (BOE núm. 50, de 27.02.2008)
LESOTEX:	Ley 15/2001, de 14 diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura (BOE núm. 31, de 05.02.2002)
LOTPPValecia:	Ley 4/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje (BOE núm. 174, de 20.07.2004)
LOTRUSCantabria:	Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria (BOE núm. 206, 28.08.2001)
LOTUNavarra:	Ley Foral 35/2002, de 20 diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (B.O. Navarra núm. 156, de 27.12.2002)
LOTURioja:	Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (BOE núm. 123, de 24.05.2006)
LOUPMRGalicia:	Ley 9/2002, de 30 diciembre, de Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (DO. Galicia núm. 252, 31.12.2002).
LOUAndalucía:	Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (BOE núm. 12, de 14.01.2003)
LPH:	Ley 49/1960, de 21 julio, de Propiedad Horizontal (BOE núm. 176, de 23.07.1960)
LRAUValecia:	Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística (D.O. Generalitat Valenciana núm. 2.394, 24.11.94, y BOE núm. 8, 10.01.1995)
LRRUVS 90:	Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo (BOE núm. 179, 27.07.1990)
LRSV:	Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (BOE núm. 89, de 14.04.1998)
LS 56:	Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956 (BOE 14.05.1956, rect. en BOE 05.06.1956)
LS 2007:	Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (BOE núm. 128, de 29.05.2007)
LsMadrid:	Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid (B.O. Comunidad de Madrid núm. 177, de 27.07.2001, rect. B.O. Comunidad de Madrid núm. 20, de 24.01.2002)
LSUPVasco:	Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco (B.O. País Vasco núm. 138, de 20.07.2006)
LuAragón:	Ley 3/2009, de 17 de junio, Urbanística de Aragón (B.O. Aragón núm. 124, de 30.06.2009)
LuCyLeón:	Ley 5/1999 de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León (BOE núm. 134, 05.06.1999)
LuValencia:	Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (D.O. Generalitat Valenciana núm. 5.167, de 31.12.2005, y BOE núm 44, de 21.02.2006)
PAU:	Programa de Actuación Urbanística
RD:	Real Decreto

RGU:	Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto (BOE núms. 27 y 28, de 31.01.79 y 01.02.79)
RP:	Reglamento de Planeamiento para desarrollo de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio (BOE núms. 221 y 222, de 15.09.78 y 16.09.78)
TRLOTAU:	Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (D.O. Castilla-La Mancha núm. 97, de 21.05.2010)
TRLOTENCanarias:	Decreto Legislativo 1/2000, 8 mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales (B.O. Canarias núm. 60, de 15.05.2000)
TRLOTUAsturias:	Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias (BOE núm. 131, de 31.05.2004)
TRLS 2008:	Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (BOE núm. 154, de 26.06.2008)
TRLS 76:	Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril (BOE núms. 144 y 145, de 16 y 17 junio)
TRLS 92:	Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (BOE núm. 156, 30.06.92, rectificado en BOE núm. 177, 24.07.92, y BOE núm. 38, 13.02.93)
TRLSMurcia:	Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia (B.O. Región de Murcia núm. 71, de 27.03.2006)
TRLUCataluña:	Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de la Generalidad de Cataluña (D.O. Generalitat de Catalunya núm. 4436, de 28.07.2005, rect. en D.O. Generalitat de Catalunya núm. 4445, de 10.08.2005)

INSTITUCIONES Y NORMAS CHILENAS:

CPR:	Constitución Política de la República de Chile de 1980 (D.O. 24.10.1980).
DDU:	División de Desarrollo Urbano del MINVU (Chile)
DFL:	Decreto con Fuerza de Ley (Chile)
D.O.:	Diario Oficial de la República de Chile
D.S.:	Decreto Supremo (Chile)
LBMA:	Ley N°19.300, de Bases del Medio Ambiente (DO 09.03.1994)
LGUC:	Ley General de Urbanismo y Construcciones (D.F.L. N°458, D.O. 13.04.76)
LOCGAR:	Ley N°19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional (texto fijado por el D.F.L. N° 1-19.175, D.O. 08.11.2005)
LOCM:	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (texto fijado por el D.F.L. N° 1/2006, SUBDERE, D.O. 26.07.2006)
MINVU:	Ministerio de Vivienda y Urbanismo (Chile)
OGUC:	Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (D.S. N° 47, V. y U., D.O. 19.05.1992)

PRMS:	Plan Regulador Metropolitano de Santiago de Chile (Resolución N° 20/1994, del Gobierno Regional Metropolitano, D.O. 04.11.1994)
SERVIU:	Servicio Regional de Vivienda y Urbanización (Chile)
SEREMI:	Secretaría Regional Ministerial (Chile). De no indicarse que corresponde a otro Ministerio se entiende que se trata de la correspondiente al de Vivienda y Urbanismo
UF:	Unidad de Fomento, uno de los sistemas de reajustabilidad autorizados por el Banco Central de Chile que se actualiza a diario, según la tasa promedio geométrica correspondiente a la variación del índice de precios al consumidor en el mes calendario inmediatamente anterior al período para el cual dicha unidad se calcule. Para facilitar los cálculos estimamos que 1 UF ≈ 30 €
ZUDC:	Zonas urbanizables con desarrollo condicionado del PRMS

RESOLUCIONES JUDICIALES:

STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STCCh:	Sentencia del Tribunal Constitucional chileno
SCS:	Sentencia de la Corte Suprema chilena
SCA:	Sentencia Corte de Apelaciones (Chile)
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo español
STJCE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde el Tratado de Lisboa)

REVISTAS:

CyT:	Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales (Ministerio de Fomento, España)
DA:	Documentación Administrativa (Instituto Nacional de Administración Pública, España)
EURE:	Revista Latinoamericanos de Estudios Urbano Regionales (Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales, Facultad de Arquitectura, Diseño y Estudios Urbanos de la P. Universidad Católica de Chile)
FM:	Fallos del Mes
RDU o RDUyMA:	Revista de Derecho Urbanístico (de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente desde el N°141, de 1995, Montecorvo)
REALA o REAL:	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (de Estudios de la Administración Local desde el N°285, de 2001, Instituto Nacional de Administración Pública, España)
REDA:	Revista Española de Derecho Administrativo (Civitas)
REDC:	Revista Española de Derecho Constitucional
REDETI:	Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red
REVL:	Revista de Estudios de la Vida Local
RUyE:	Revista de Urbanismo y Edificación (Aranzadi)

Presentación

I.

El objeto de esta tesis es analizar desde una perspectiva jurídica la segregación socioespacial en los asentamientos urbanos de España y Chile. Es evidente que se trata de un fenómeno que constituye ocupación de otras disciplinas, como la geografía o la sociología, pero también que examinarlo desde la mirada del Derecho resulta útil para examinar el tipo de intervención administrativa que una sociedad escoge —y que le lleva a formular las normas jurídicas que lo rigen— y los eventuales límites de aquélla. No debe olvidarse que los órganos públicos carecen de la autonomía de las personas físicas y están integralmente sujetos al Derecho, de manera que sus acciones deben estar positivamente legitimadas en el ordenamiento jurídico, además de enmarcarse dentro del abanico de opciones valorativas que la respectiva Constitución admita. De allí que la aproximación jurídica constituya un enfoque indispensable para abordar este asunto, que debe integrarse con los otros enfoques disciplinares que confluyen en el marco del urbanismo (sin desplazarlos, claro está).

II.

Una sucinta revisión del marco constitucional español y chileno pone de relieve esta dimensión jurídica. La segregación socioespacial en las ciudades debilita seriamente la igualdad de oportunidades que es intrínseca a la idea de Estado social de derecho y, más ampliamente, a la de Estado de bienestar (en particular, arts. 1.1 CE y arts. 1, incisos 4º y 5º CPR). Su sola existencia atenta contra la cohesión social y el modelo de convivencia que deben promover los poderes públicos (arts. 9.2 CE y arts. 1, inciso 5º, y 5º, inciso 2º, CPR), cuestión especialmente notoria en las emergentes *urbanizaciones cerradas* que ponen en tela de juicio categorías como el dominio público y el servicio público. Por otro lado, el contenido del derecho a la vivienda (art. 47 CE y art. 5, inc. 2º, CPR) supone también que ésta se localice en un emplazamiento que brinde un nivel razonable de servicios y oportunidades. En todo lo anterior, por último, debe tenerse en cuenta el estatuto de la propiedad privada al que está sujeto el suelo (arts. 33 CE y 19 N°24 CPR) y la protección constitucional de la actividad empresarial privada (arts. 38 CE y 19 N°21 CPR).

III.

La perspectiva jurídica también es clave para analizar la liberalización de la actividad urbanística, presente tanto en el caso español como en el chileno. En

líneas muy generales los procesos de liberalización persiguen transitar desde los monopolios hacia mercados competitivos que ofrezcan a los ciudadanos productos y servicios de mejor calidad y/o a menor precio. Emprendida esta ruta la intervención administrativa se reorienta —lejos de desaparecer— para concentrarse en dos propósitos principales. Por un lado, garantizar el funcionamiento competitivo de estos nuevos mercados, propensos por sus características a prácticas monopólicas; por otro, resguardar la cohesión social y territorial de la lógica no solidaria de la competencia (como persigue el llamado servicio universal en el sector de las telecomunicaciones).

IV.

Hace casi cuatro décadas el papa PABLO VI denunciaba como, en vez “...de favorecer el encuentro fraternal y la ayuda mutua, la ciudad desarrolla las discriminaciones y también las indiferencias; se presta a nuevas formas de explotación y de dominio, de las que algunos, especulando con las necesidades de los demás, sacan ganancias inadmisibles” (*Octogesima Adveniens*, 1971). Precisamente la primera fuente de la exclusión urbana es la diferenciación del precio del suelo, exacerbada por los procesos especulativos. El suelo no es un bien homogéneo y el que brinde una mejor calidad de vida será más costoso expulsando, como es obvio, a quienes no pueden pagarlo, dinámica que sólo puede ser combatida mediante la intervención pública. Pero también es posible que la exclusión se vea complementada y reforzada por instrumentos jurídicos, como los reglamentos de copropiedad o las normas del planeamiento urbanístico, elaborados por quienes desean separarse de los demás por las más diversas razones (estatus, seguridad, factores étnicos o religiosos, etc.). Se trata de un proceso especialmente preocupante considerando que a inicios del siglo XXI la población mundial vive básicamente en ciudades, relegándose el poblamiento rural a una situación marginal. Para colmo, los resultados de las políticas públicas aplicadas para enfrentar este problema resultan sin que pueda afirmarse que está contenido o en retroceso.

V.

La visión comparativa entre los sistemas español y chileno (que circunstancialmente incluirá alusiones a otros ordenamientos europeos y latinoamericanos) se justifica dado que nos enfrentamos a cuestiones generales que se presentan en ambos. Así, las soluciones que cada uno adopta servirán como material de contraste y enriquecimiento recíproco. Adicionalmente, existen numerosos puntos de apoyo comunes a ambos sistemas que facilitan este proceso, aprovechando el tronco común del extinto Imperio Español. Con todo, para

establecer comparaciones útiles será imprescindible ofrecer previamente una exposición de la diferente tradición que tiene el desarrollo urbano de cada país, pues los últimos doscientos años de cada sistema han sido ciertamente distintos.

VI.

La tesis que se presenta se inicia, por lo tanto, con un capítulo que explica como se ha producido el desarrollo urbano en España —en el contexto europeo— y Chile —en el contexto latinoamericano—. El segundo capítulo aborda el marco constitucional que ordena la actividad urbanística en cada país. El tercero está dedicado al problema de la segregación. Finaliza la tesis con las conclusiones de rigor.

VII.

Conviene apuntar, por último, que a diferencia de España el Derecho urbanístico ha sido escasamente estudiado en Chile. Esta tesis pretende ser un eslabón más en la tarea de ir dando cuerpo a una doctrina que permita comprender mejor el derecho vigente en materia de urbanismo, identificar sus problemas y proponer soluciones que permitan hacer efectivo el orden de valores constitucional. Esto es, regulaciones que favorezcan la creación de asentamientos humanos congruentes con la dignidad de las personas y con la igualdad de oportunidades que dimana de aquella. Se trata de una tarea inmensa para la actuación de los poderes públicos —particularmente para la Administración—, pero ineludible si queremos lograr una convivencia armónica y sostenible en nuestras sociedades.

Introducción

¿QUÉ ES LA SEGREGACIÓN SOCIOESPACIAL O RESIDENCIAL?

La segregación socioespacial o residencial se ha conceptualizado como la “...tendencia que existe bajo determinadas circunstancias a la localización concentrada de individuos de atributos similares y su separación del resto de los individuos que constituyen la ciudad” (LEAL M., 2002:62). También, como “...el grado de proximidad espacial o de aglomeración territorial de las familias pertenecientes a un mismo grupo social, sea que éste se defina en términos étnicos, etarios, de preferencias religiosas o socioeconómicos, entre otras posibilidades” (SABATINI, CÁCERES & CERDA, 2001:27).

LEAL M. señala que la segregación residencial es un proceso espontáneo, “casi consustancial con el modo de vida urbano” (2002:62), y que no se opone necesariamente a la integración social, pues existen “grupos segregados bien integrados en la sociedad urbana. Si la segregación es sobre todo un concepto espacial, la integración es un concepto social” (2002:63). De allí que la segregación residencial no constituya una situación negativa en cualquier circunstancia. Puede ser una estrategia para mantener tradiciones y costumbres —una forma de vida— o para beneficiarse de la solidaridad de los próximos, y en tales casos resulta positiva. Según SABATINI y SIERRALTA:

“Las consecuencias positivas de la segregación son fáciles de reconocer cuando los que se encuentran segregados son grupos étnicos minoritarios que dan lugar a barrios distintivos que enriquecen la vida cultural y social de la ciudad. Pero también puede ser el caso de grupos pobres que, por su aglomeración espacial, ganan en capacidad organizativa y fuerza política, mejorando su posición de negociación frente al Estado y otros polos de poder en la sociedad” (SABATINI & SIERRALTA, 2007:20)¹.

La segregación residencial puede descomponerse en tres dimensiones principales, que no siempre concurren simultáneamente: «(1) la tendencia de los grupos

¹ En el caso chileno la concentración espacial de familias pobres representó una condición positiva en las décadas de 1950 y 1960, pues llevaba consigo la esperanza del progreso social: «...la aglomeración de los pobres en la periferia de las ciudades siempre ha tenido efectos negativos. La ilegalidad, irregularidad e informalidad han sido rasgos peculiares de los asentamientos pobres y de los mercados de suelo de las ciudades de América Latina... La falta de servicios urbanos y las malas condiciones de accesibilidad de estos barrios han sido un factor adicional de empobrecimiento de estas familias. Sin embargo, la “población” —nombre que se da en Chile a estos asentamientos, sean espontáneos o contruidos por el Estado— fue en el pasado base de las organizaciones sociales y de las acciones de clientelismo o lucha de los “pobladores” dirigidas a lograr una mejor inserción política y laboral en la ciudad» (SABATINI, CÁCERES & CERDA, 2001:37).

sociales a concentrarse en algunas áreas de la ciudad; (2) la conformación de áreas o barrios socialmente homogéneos; y (3) la percepción subjetiva que los residentes tienen de la segregación "objetiva" —las dos primeras dimensiones—» (SABATINI, CÁCERES & CERDA, 2001:27)². La medición de las dos primeras no está exenta de graves dificultades³, sin que exista consenso sobre cómo y qué medir lo que impide contar con “datos validados que permitan ver su evolución en el tiempo” (AGOSTINI, 2010:1 y 5-9). La última dimensión sólo puede medirse cualitativamente y cuando es negativa puede tener un carácter estigmatizante que erosiona fuertemente las posibilidades de integración social en quienes la padecen, pues perciben que los demás los encasillan por el lugar en que viven, cuestión que puede ser relevante para obtener un trabajo, un crédito o un cupo escolar, por dar algunos ejemplos:

“Importa poco que los discursos de demonización... sólo tengan tenues conexiones con la realidad de su vida cotidiana. Un *penetrante estigma territorial* recae firmemente sobre los residentes de esos barrios de exilio socioeconómico y suma su peso a la mala fama de la pobreza y el prejuicio renaciente contra las minorías etnoraciales y los inmigrantes” (WACQUANT, 2001:179, cursivas en el original).

El foco de nuestra investigación será la segregación residencial derivada de razones socioeconómicas, esto es, la segregación espacial asociada a la pobreza o la riqueza, sin perjuicio que en ocasiones pueda coincidir con otras categorías (por ejemplo la étnica o nacional, en el caso de la pobreza asociada a la inmigración) y sin llegar al extremo del gueto racial, que merecería un estudio aparte⁴. Esta segregación es,

² Una de las definiciones más influyentes es la de MASSEY y DENTON, que en 1988 señalaron que la segregación residencial era un fenómeno multidimensional donde podían distinguirse cinco dimensiones: evenness, exposure, concentration, centralization y clustering (MASSEY & DENTON, 1988), que SABATINI y SIERRALTA traducen como “uniformidad, exposición, concentración, centralización y agrupamiento”, añadiendo que según esta caracterización “un grupo social segregado sería aquel que no está uniformemente distribuido en el espacio urbano, que está mínimamente expuesto al contacto físico con miembros de otros grupos, que está espacialmente concentrado (en términos de una alta densidad geográfica), que está fuertemente centralizado (en el sentido de vivir cerca del área central de la ciudad) y que presenta un marcado agrupamiento territorial”. Sin embargo, estos autores critican estas dimensiones por no aplicarse a la realidad latinoamericana —la cercanía al centro, p. ej.— o ser medidas a través de índices equívocos según la escala en que se apliquen. De allí que postulen las dimensiones que señalamos arriba (SABATINI & SIERRALTA, 2007:4 y ss.).

³ Básicamente la medición se realiza a través del índice de disimilaridad o de Duncan y el índice de exposición que miden, respectivamente, la concentración espacial y el aislamiento social de un grupo. Puede verse su formulación y críticas al primero en AGOSTINI (2010:4-5). Más críticas en SABATINI & SIERRALTA (2007:6-14).

⁴ El gueto representa una forma extrema de segregación residencial. Una de sus manifestación más claras son ciertos barrios habitados por personas de color en Estados Unidos de Norteamérica, cuyo origen se remonta a una política pública de confinamiento

simultáneamente, motivo y consecuencia de exclusión social para los más pobres. Reduce sus posibilidades de empleo, de acceso a servicios básicos y a bienes públicos —sea en cobertura o en calidad—, afecta el desempeño escolar y favorece fenómenos como la delincuencia y drogadicción:

“En el caso de minorías raciales, en particular negros, la evidencia muestra que la segregación espacial tiene efectos negativos en los resultados escolares, el empleo y la probabilidad de ser padre/madre soltero [Cutler y Glaeser (1997)]. Adicionalmente, se generan externalidades negativas en oportunidades educacionales, barreras culturales, restricciones al flujo de capital, oportunidades de empleo y desincentivos a invertir en el stock de viviendas, las cuales restringen la movilidad social y reducen la calidad de vida [Vandell (1995)]. En el caso de las personas de menores ingresos (...) la evidencia es que los pobres que viven aislados en barrios pobres tienen una peor situación de pobreza que los pobres que viven en barrios más heterogéneos, lo que se traduce en peores resultados académicos, peor estado de salud y mayores tasas de criminalidad [(Dawkins et al (2005), Charles et al (2004), Clapp y Ross (2004), Burton (2003), Logan y Messner (1987)]. La explicación es que en barrios donde se concentra pobreza, en general, hay pocos “role models” positivos, el crimen y las drogas son más frecuentes y visibles, los buenos trabajos pueden ser inexistentes o estar ubicados muy lejos y los servicios como la educación tienen menos financiamiento y son de inferior calidad [Yinger (1979), Galster (1992), Galster y Killen (1995)]” (AGOSTINI, 2010:2).

En el caso de Chile una reciente investigación subraya los efectos negativos de la segregación residencial en materia educativa:

“...la principal vía por la cual la segregación residencial afecta las oportunidades de los más pobres es a través de la educación, afectando el desarrollo de niños y jóvenes en hogares pobres. Este resultado está libre de efectos de causalidad reversa; esto es, que la segregación sea un resultado de los malos resultados

casi total, involuntario y perpetuo para este grupo racial, que se extendía, además, a los servicios básicos —educación, salud, transporte— que se les brindaban. Esta política se prolongó hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando empezó a retroceder empujada por movilizaciones sociales y políticas y sentencias desfavorables (*infra* nota 471). BAUMAN señala “...que las cárceles son guetos con muros, en tanto que los guetos son cárceles sin muros. Difieren entre sí principalmente por el método mediante el que se logra mantener en su lugar y evitar que escapen los prisioneros, pero en ambos casos se les inmoviliza, se les cortan las vías de escape y se les mantiene firmemente en su lugar”(BAUMAN, 2003:143). Para WACQUANT, actualmente «...lo que distingue la guetificación negra es, en primer lugar, que está tanto espacial como institucionalmente *descentrada*, escindida, por decirlo así, entre un núcleo urbano decante pero en expansión, por una parte, y por la otra, barrios satélites de clase obrera y de clase media situados en la periferia de las ciudades y, cada vez más, en suburbios segregados a menudo adyacentes al cinturón negro histórico. El segundo rasgo novedoso de la guetificación negra en la Norteamérica posfordista es su escala total y “la intensidad del derrumbe en el centro del gueto”...» (WACQUANT, 2001:47-8, cursivas en el original).

educacionales o sociales. Ello, puesto que las circunstancias en las cuales las personas viven durante su niñez y juventud pueden considerarse factores exógenos; los niños no eligen los padres ni el lugar donde vivir”. Se detalla que la segregación “...reduce la probabilidad de un niño pobre de asistir a educación pre-escolar...” y aumenta la probabilidad de que un joven pobre “...deserte de la educación formal... presente retraso escolar... esté económicamente inactivo”. En cambio, “...no afecta la probabilidad de ser madre adolescente, madre soltera ni la condición de salud...” (SANHUEZA & LARRAÑAGA, 2008:5-7).

Parece evidente que la segregación residencial de los pobres es sencillamente la expresión espacial de su desigualdad, a modo de un espejo. Sin embargo, por seductor que resulte el argumento la evidencia empírica demuestra que no hay una correlación exacta entre desigualdad y segregación residencial de la pobreza. Si bien la segunda presupone la primera, la medición de la desigualdad y la de la segregación no sigue el mismo patrón⁵. Sin embargo, aunque no haya tal simetría podemos decir que los problemas asociados a la segregación reflejan en parte la desigualdad. En esa línea es sugestiva la consideración de la variedad urbana —no sólo social, sino también en lo relativo a la cultura, el diseño urbano y las actividades económicas— como una condición para la calidad de vida de los habitantes de la ciudad, cuya ausencia lleva a la desintegración urbana:

“...la variedad se convierte así en una cualidad necesaria para la consecución de la calidad de vida o de una vida de calidad para los ciudadanos. Aunque imprescindible, no será suficiente puesto que la variedad no implica directamente la satisfacción de las necesidades sino la existencia de estructuras que articuladas permiten y favorecen la creación de medios y procesos (satisfactores sinérgicos) de satisfacción de necesidades (GONZÁLEZ G., 2000:130-1).

Nuestra hipótesis es que la segregación residencial con efectos negativos —aquella que disocia o desintegra el cuerpo social— es contraria al ordenamiento jurídico y debe ser mitigada por los poderes públicos competentes, generando alternativas de localización integradas incluso para quienes no son sujetos de crédito bancario. Paradójicamente, en muchas ocasiones las acciones u omisiones de aquéllos permiten e, incluso, favorecen, dicha segregación. Ello exige entender por qué ocurre este fenómeno y qué instituciones, técnicas o instrumentos puede ofrecer el Derecho para remediar este estado de cosas, añadiendo una nueva perspectiva a las que sobre este problema suministran los demás enfoques disciplinares que confluyen en el marco del urbanismo. Lo anterior, de cara a dos realidades diferentes: la española y la chilena. En esto último se procurará evitar la tentación de la traslación mimética entre un sistema y otro. Más que recetas, el Derecho comparado nos proporciona cuestionamientos que iluminan los problemas y las

⁵ Puede verse más sobre esta crítica en SABATINI, CÁCERES & CERDA, 2001.

posibles soluciones. Un destacado sociólogo refuerza la especial prudencia que debe tenerse en esto al advertir que:

“...los regímenes de marginalidad urbana son bestias complejas y caprichosas; están compuestas por conjuntos imperfectamente articulados de mecanismos institucionales vinculantes de la economía, el Estado, el lugar y la sociedad, que no evolucionan al unísono y, por otra parte, difieren de manera significativa de país en país, según las concepciones e instituciones nacionales de la ciudadanía” (WACQUANT, 2001:180).

Cabe señalar que también se indagará si la segregación residencial voluntaria — materializada a través de urbanizaciones privadas o condominios, y cuya expresión paradigmática son las “*gated communities*” de Estados Unidos— se ajusta a los ordenamientos jurídicos estudiados y si tiene algún límite. Conviene anticipar que se ha visto en estas urbanizaciones un deseo de secesión incluso tributario, que puede afectar severamente la solidaridad social y exige, por tanto, una revisión. BAUMAN emplea una imagen sugestiva, señalando que a diferencia de los plebeyos romanos que en su enfrentamiento con los patricios optaron en un momento por dejar la ciudad, actualmente son los patricios quienes optan por la secesión, por:

“...abandonar sus compromisos y lavarse las manos de sus responsabilidades. Los actuales patricios no requieren ya los servicios de la comunidad; en efecto, no pueden ver qué podría ofrecerles permanecer *en* y *con* la comunidad aparte de lo que ya han logrado asegurarse o todavía confían en asegurarse mediante sus propias hazañas, mientras que sí pueden pensar en bastantes beneficios que podrían perder si tuvieran que amoldarse a las demandas de la solidaridad comunal” (BAUMAN, 2003:62, cursivas en el original).

CAPÍTULO 1

LAS DIFERENTES TENDENCIAS DEL DESARROLLO URBANO EN EUROPA E IBEROAMÉRICA Y SUS EFECTOS EN LA SEGREGACIÓN SOCIOESPACIAL

1. INTRODUCCIÓN

La lógica regulatoria que articula el urbanismo español y el chileno y, más en general, el urbanismo europeo y el iberoamericano, presenta una serie de diferencias que responden a las peculiaridades del desarrollo urbano experimentado a ambos lados del Atlántico y que permiten, a *grosso modo*, identificar ciertos rasgos o tendencias propios de cada orilla del océano. Así, por ejemplo, las conclusiones de la reunión regional europea de comités nacionales Hábitat II (1995) describían a la ciudad europea como “una organización compleja caracterizada por la densidad de población y relaciones sociales, por la heterogeneidad de funciones y actividades, por la diversidad de sus habitantes, por la existencia de una cultura cívica y por la tradición de autogobierno”⁶. Si quisiéramos sintetizar los rasgos de las ciudades latinoamericanas deberíamos, en cambio, aludir a su tendencia al gigantismo, la dispersión y la fragmentación socioespacial, unidos a un nivel de autogobierno en desarrollo que, normalmente, se asocia a una descentralización permanentemente en curso (véase, por ejemplo, CEPAL, 1995 y 2000, y JORDÁN & SIMIONI, 1998).

Iniciaremos esta tesis profundizando el origen y desarrollo de estas divergencias, lo que exige analizar las características del desarrollo urbano en España y Chile y, por extensión, en Europa y América. Ello nos brindará herramientas adicionales para comprender los ordenamientos concretos que estudiaremos después.

2. LA CIUDAD EUROPEA

2.1. Ciudades medievales y barrocas

Los orígenes de las ciudades europeas se remontan, cuando menos, a la cultura griega y luego al Imperio Romano, recogiendo elementos de distintas épocas que

⁶ El texto puede verse en <http://habitat.aq.upm.es/rech/a001.html> (consultado el 20.02.2009, a las 20:00 hrs.).

han forjado un rico y sólido acervo urbano. Sin embargo, la caída del Imperio Romano de Occidente hace decaer el modo de vida urbano con lo que la fisonomía del sistema urbano europeo contemporáneo empezará a prefigurarse, más bien, en la Edad Media (DE VRIES, 1987:70 y 97 y SÁNCHEZ DE MADARIAGA, 1999:113). Es entonces cuando una renacida y creciente actividad comercial e industrial activará paulatinamente el fenómeno urbanizador surgiendo ciudades nuevas y creciendo las ya existentes en un proceso lento, pero continuo (PIRENNE, 1987:53-70), que incluso se sobrepondrá a los estragos demográficos de la peste negra (siglos XIV y XV)⁷ y que resulta sorprendente considerando el escuálido punto de partida. Piénsese que, como indican MÉNDEZ y MOLINERO, hacia 1400 la población urbana europea apenas representaba un 2 ó 3% de la población total del continente (MÉNDEZ & MOLINERO, 2000:110)⁸. DE VRIES, por su parte, estima que de los “3.000-4.000 asentamientos europeos que hacia 1500 disfrutaban de algún tipo de privilegios municipales o eran reconocidos como lugares urbanos por alguna otra razón, sólo 154 eran habitados por 10.000 o más personas y sólo cuatro [París, Milán, Venecia y Nápoles] llegaban a las 100.000”, ubicándose tales núcleos preferentemente en Italia, Francia y Bélgica, los países que habían recibido más influencia de la política urbanizadora del Imperio Romano (DE VRIES, 1987:45). Las ciudades medievales se concentran en espacios definidos, pues la inexistencia de medios de transporte que permitan desplazar rápidamente personas y abastecimientos restringe su dispersión en el territorio. MUMFORD afirma que incluso las más extensas “no pasaban, por lo común, de más de 800 metros a partir del centro”⁹. Dada la inseguridad reinante la defensa de este espacio —además de

⁷ La peste negra aparece en Sicilia a fines de 1347, y se calcula que pudo llevar a un descenso de la población europea —urbana y rural— “casi en un tercio entre 1340 y 1400, para disminuir otra vez más en la primera mitad del siglo posterior, antes de iniciar una recuperación que volverá a situar la población al nivel anterior a la crisis hacia mediados del siglo XVI” (LIVI-BACCI, 1990:51 y, más ampliamente, p. 50-55). En cuanto a su efecto urbano, se afirma que pese a “los dramáticos retrocesos de la población europea acarreados por la muerte negra y la consiguiente transformación de los modelos de asentamiento rural que se produjeron en algunas regiones..., la población urbana creció, al tiempo que su distribución parece haberse mantenido notablemente estable o haberse reconstruido hacia 1500 con los mismos perfiles que doscientos años antes”. (DE VRIES, 1987:64).

⁸ Hacia el año 1000 “las poblaciones concentradas no rurales eran muy pequeñas. Con la probable excepción de Italia, ningún territorio de la cristiandad latina poseía en aquel tiempo ciudades de 10.000 o más habitantes” (DE VRIES, 1987:63).

⁹ “Las restricciones al crecimiento de la ciudad se debían en parte.... a condiciones naturales y sociales, más que al cinturón de la muralla.... a limitaciones de aprovisionamiento de agua y de la producción local de alimentos; a limitaciones establecidas por las ordenanzas municipales y las reglamentaciones corporativas. Debido a esto, en los primeros siglos del desarrollo urbano se atendían las necesidades del excedente de población mediante la fundación de nuevas comunidades, a menudo

razones fiscales y sanitarias— exigirá emplazar una muralla exterior (como ya ocurría en las primeras civilizaciones urbanas)¹⁰ que separa nítidamente la ciudad del campo y que pasa a simbolizar la propia ciudad, como refleja la iconografía medieval¹¹. Se ha dicho que “no era posible concebir una ciudad sin murallas; era un derecho o, empleando el modo de hablar de aquella época, un privilegio que no falta a ninguna de ellas” (PIRENNE, 1987:99) y las Siete Partidas (siglo XIII) dan fe de ello al definir la ciudad como “todo aquel lugar que es cerrado de muros con los arrabales e con los edificios que se contienen en ellos” (Partida séptima, título XXXIII, Ley VI), fomentando la construcción de muros a costa de los vecinos (VALDEÓN B., 1991:67)¹².

Estas barreras físicas refuerzan la concentración al frenar la expansión urbana, prohibiéndose emplazar construcciones en el sector adyacente (pues podrían servir de protección a eventuales invasores) llamada “zona polémica” (del griego *polemos*, batalla). Las Partidas exigieron también respetar una franja sin construcciones de quince pies (unos 4,5 m) medidos respecto del interior de la muralla:

“Desembargadas e libres deben ser las carreras que son cerca de los muros de las villas e de las ciudades e de los castillos, de manera que no deben ahí hacer casa ni otro edificio que los embargue ni se arrime a ellos. E si por ventura alguno quisiese hacer casa de nuevo, debe dejar espacio de quince pies entre el edificio del muro de la villa o del castillo...” (Partida Tercera, Título XXXII, Ley XXII)¹³.

Las normativas militares posteriores mantendrán esta protección¹⁴ e incluso la extenderán conforme aumente el alcance de los cañones (CAPEL, 2002:142)¹⁵. La

cercanas, pero siempre concebidas como unidades independientes y autosuficientes” (MUMFORD, 1979:381-382).

¹⁰ Según WEBER casi siempre fue una “característica decisiva para el concepto político-administrativo de la ciudad y que se sustrae al puro análisis económico... que la ciudad, lo mismo en la Antigüedad que en la Edad Media, dentro y fuera de Europa, constituye una clase especial de fortaleza y de *guarnición*” (WEBER, 1993:945). Sobre las murallas en el caso español pueden verse, entre otros, los trabajos de VALDEÓN B., 1991:67-87, CÁMARA M., 1991:89-112, BENITO M., 2000 [dedicado a la red urbana de Castilla y León] y CARLÉ *et. al.*, 2001:39-48.

¹¹ Basta revisar las representaciones pictóricas de las ciudades para advertir como las murallas son parte importante de su representación habitual. Sobre este carácter simbólico puede verse, para el caso italiano, DE SETA, 1991:21-66.

¹² Las Partidas dirán que el Rey “honra a su tierra” al mandar cercar “las ciudades, e las villas” (Partida segunda, Título XI, Ley II) y exigirán que sus moradores costeen el mantenimiento de la muralla (Partida Tercera, Título XXXII, Ley XX).

¹³ Esta regla se levantaría en algunos fueros de modo excepcional (VALDEÓN B., 1991:80-81).

¹⁴ **REVISAR: Ordenanzas promulgadas por el rey Carlos III “para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos” el 22 de octubre de 1768; Ordenanza del Real Cuerpo de Ingenieros del Ejército de 1803.**

¹⁵ Véase, más ampliamente, su cap. 4 (*Influencia de la organización militar en el desarrollo urbano*), *Ibíd.*:125-156.

influencia militar será más acusada en los núcleos urbanos que sean declarados *plazas fuertes*, pues en ellos esta zona quedaba sujeta al control de la Administración militar que pasaba, en la práctica, a manejar el crecimiento de la ciudad. Aún así hay que consignar que frecuentemente aparecieron suburbios en los extramuros que terminarían siendo rodeados por una nueva barrera defensiva (que solía incluir espacios vacantes para absorber futuras expansiones)¹⁶ pasando las murallas primitivas a integrarse en la ciudad¹⁷.

Lo expuesto lleva a que el suelo susceptible de urbanizar sea escaso y deba aprovecharse intensamente, razón por la cual el espacio fortificado se va “rellenando” progresivamente de edificaciones. Existen diversas tipologías de ciudades medievales¹⁸ —en el caso español se incluyen las ciudades hispanomusulmanas, cuyo tratamiento excede los límites de nuestra investigación—, pero la generalidad se organiza en torno a un centro donde están los elementos de mayor poder simbólico —iglesia, ayuntamiento, mercado y casa de los gremios— y desde el cual se extiende una red de calles de trazado irregular y escasamente organizadas, con algunas plazas.

Estos asentamientos urbanos partirán siendo verdaderos “parásitos” del campo, pues la economía medieval tiene una base eminentemente rural. Sin embargo, la creciente actividad comercial e industrial realizada en ellos generará riqueza y les permitirá adquirir autonomía económica. En ellas es posible identificar una segregación espacial derivada de “agrupamientos por especializaciones profesionales, etnias, lugares de procedencia y creencias religiosas” —no exenta de rivalidades de grupo—¹⁹, más que de la diferencia entre clases sociales. El

¹⁶ En algunos casos este proceso se vivió más de una vez. Florencia amplió su circuito de murallas dos veces para ir incluyendo los suburbios que iban surgiendo (primero en 1172 y luego un siglo después, MUMFORD, 1979:381-382) aunque hay quien afirma que esta ciudad registró siete cercas, desde la primera correspondiente a la época de la Roma republicana hasta la última muralla comunal, construida entre 1299 y 1333 (y que debido a la mortandad derivada de la peste negra pudo cobijar el crecimiento demográfico posterior hasta el siglo XIX, CAPEL, 2002:130). Por eso se ha llegado a decir que “La muralla urbana era... un elemento vivo... en continua transformación” (VALDEÓN B., 1991:81 y, en la misma línea, CARLÉ *et. al.*, 2001:20), pues sólo contenía temporalmente la expansión urbana. De hecho, “en el siglo XVI en la mayoría de las ciudades españolas la muralla se difuminó ante el crecimiento imparable de los arrabales” (CÁMARA M., 1994:691).

¹⁷ Caso en que la muralla carecía de sentido defensivo por lo que se admitía el adosamiento de edificaciones y se rellenaban los ahora inútiles fosos perimetrales, que pasaban a servir de calles (es el caso de las calles de la cava en Madrid o Lorca, CAPEL, 2002:114).

¹⁸ Una visión sintética en CHUECA G., 2000:96-108.

¹⁹ La ciudad medieval “es socialmente poco heterogénea, y la diversidad del espacio interno se debe al propio proceso de construcción” o a los agrupamientos que mencionamos arriba (profesión, etnias, etc.); esta separación “puede ser muy acentuada. TORRES BALBÁS (1968, 74) señala como algo muy frecuente que los distintos arrabales de

crecimiento urbano acentuará esta heterogeneidad manifestándose una segregación —cada vez más ligada a razones socioeconómicas— tanto en sentido vertical como horizontal. Vertical, porque mientras las plantas bajas de las construcciones son ocupadas por las clases pudientes, las plantas altas corresponden a grupos de menor renta debido a las dificultades de acceso; recién a fines del siglo XIX los ascensores cambiarán esto (MÉNDEZ & MOLINERO, 2000:110).

“Hasta entonces desde el piso principal a las buhardillas se recorría ordenadamente, en los cuatro o cinco niveles, la escala social. Los de menos capacidad económica tenían que subir más escaleras y, para reforzar el esquema y adaptarlo al mercado, las viviendas iban reduciendo su superficie y perdiendo calidad, incluso con una menor altura de los techos, en la planta más altas” (VINUESA A. & VIDAL D., 1991:59-74; véase también BERRY, 1975:187-188).

Horizontal, porque también el alejamiento del centro representa una disminución de estatus (MÉNDEZ & MOLINERO, 2000:110)²⁰, hasta llegar a los arrabales y suburbios anexionados cuyos habitantes pueden incluso tener menores derechos que el resto, sin olvidar el caso de los judíos y musulmanes confinados en barrios exclusivos (*juderías* y *morerías*, respectivamente) (CARLÉ *et. al.*, 2001:94-101)²¹.

“...desde comienzos del siglo XIII, se produce una división en la estructura del Consejo, distinción entre el interior y el arrabal de la villa, probablemente relacionada con la población más antigua y arraigada y la gente nueva. Solamente el morador de muros adentro goza de la plenitud de derechos y privilegios, especialmente en el orden fiscal... Sin embargo, se ha extendido al hombre del arrabal el privilegio de la caballería villana” (CARLÉ *et. al.*, 2001:22).

La naciente burguesía, ligada al comercio o las finanzas, será el grupo que terminará por predominar en la estructura social urbana. Los burgueses serán quienes se “conjuren” en las ciudades italianas y alemanas y en una lucha más o menos compleja, según fuera el caso, liberen a las ciudades del derecho señorial obteniendo la concesión de derechos locales. Esta innovación es característica de las ciudades medievales occidentales y se traducirá, finalmente, en un régimen de autogobierno y un derecho común exclusivo para sus habitantes. De allí el proverbio alemán “*Stadtluft macht frei*” (“el aire de la ciudad hace libre” o “en la ciudad se respira libertad”), que alude a la libertad que lograban los esclavos o

una ciudad puedan incluso mantener situaciones bélicas durante años” (VINUESA A. & VIDAL D., 1991:50).

²⁰ La muralla resulta esencial para definir la periferia, que puede caracterizarse como una “zona más o menos marginal, a la espera de una integración”; en rigor, la muralla “da lugar a una doble periferia, una intramuros y otra, extramuros” (LE GOFF, 1991:15).

²¹ En muchos casos estos sectores estaban separados por una muralla interior. En el caso de las morerías de ciudades reconquistadas podían coincidir con la antigua medina, de manera de aprovechar sus muros (CAPEL, 2002:146-147).

siervos que se radicaban en una ciudad pues, “después de un plazo más o menos grande, pero que se fue haciendo cada vez menor, el señor... perdía el derecho de reclamarlo como sometido a su poder” (WEBER, 1993:957)²². Si bien parte de lo anterior resulta aplicable a España hay que consignar que, *mutatis mutandi*, en la península la concesión de fueros es previa al surgimiento de la burguesía y responde, entre otros motivos, a la necesidad de poblar las tierras reconquistadas que estaban bajo ocupación islámica²³. Para atraer habitantes hacia estas últimas los Fueros debieron ofrecerle diversas ventajas a quienes estuviesen dispuestos a avecindarse en ellas (CARLÉ *et. al.*, 2001:22-28)²⁴.

Si se revisan las estimaciones estadísticas que se han hecho el renacer urbano es evidente. DE VRIES estima que hacia 1600 las ciudades de 10.000 o más habitantes (criterio que emplea para definir un asentamiento como “urbano”) crecen un 40% respecto de las 154 existentes en el siglo anterior y se empinan a las 220, distribuidas predominantemente en Italia, Francia y Bélgica. Durante el siglo XVII el crecimiento se concentra en los territorios situados más allá del Rin y el Danubio (en los demás el crecimiento se reduce o se detiene; inclusive, en algunos casos se experimentan regresiones demográficas) lo que equilibra la distribución de las ciudades en el territorio europeo. Así, las 261 ciudades con al menos 10.000 habitantes que existen en la Europa de 1750 se reparten de una forma bastante balanceada, tal como ocurre con las 364 que habrá en 1800 (DE VRIES, 1987:45-61)²⁵.

El proceso que describimos determina de alguna manera la evolución política del viejo continente. La agonía de la Edad Media termina por consolidar una verdadera red de ciudades “...pequeñas, situadas a corta distancia entre sí (distancia que permita ir de unas a otras y regresar durante una jornada) y con un vigoroso poder municipal, una vida mercantil libre y una artesanía organizada en sólidos cuerpos gremiales” (CHUECA G., 2000:137), generando con ellas una distribución “igual y continua de población en el Occidente europeo” que facilitará el alumbramiento del concepto de nación en reemplazo de las ciudades-estado, hasta entonces predominante, y que explica en parte la potencia geopolítica que permitirá que Europa se vuelque a colonizar el mundo.

²² Según este autor la ciudad occidental –sobre todo la medieval- fue “un lugar de ascenso de la servidumbre a la libertad por medio de la actividad lucrativa” (*Ibid.*:957-959). Sobre cómo se produce esta “usurpación” a los señores feudales puede verse *Ibid.*:966-975.

²³ En cuanto al régimen de autogobierno reconocido a las ciudades y sus vicisitudes puede verse CARLÉ *et. al.*, 2001:101-107.

²⁴ Incluso algunos llegaron al extremo de ofrecer a los delincuentes la extinción de toda responsabilidad por sus conductas punibles anteriores (así los de Sepúlveda y Oreja, por ejemplo), *Ibid.*:82-84. También puede verse ALONSO O., 1994:183.

²⁵ Véase especialmente el cuadro 3.1 de la p.46. Conviene señalar que durante el siglo XVII el número absoluto de estas ciudades permaneció relativamente estable (197 en 1650 y 224 en 1700).

“...70-80 millones de personas sobre una superficie de 2,5 millones de km², reunidos en torno a 130.000 campanarios. Este 22-25% de la de la humanidad consume el 30% de las proteínas animales disponibles, y tiene una disponibilidad de energía por persona cinco veces mayor que en China; ocupa un territorio sin lagunas, y si sube a un campanario cualquiera ve a su alrededor otros cuatro o cinco; por esto consigue la masa crítica para salir de sus fronteras y enfrentarse al resto de la humanidad” (BENEVOLO, 1993:111).

El sistema urbano europeo, sin embargo, no sólo estuvo compuesto por ciudades de tamaño medio. También el renacer urbano considera algunos grandes núcleos urbanos, partiendo por las cuatro ciudades que hacia 1500 contaban con más de 100.000 habitantes y que para 1600 serían nueve —tres de ellas con más de 160.000—. En 1750 llegaban a dieciséis —tres con más de 160.000 y dos con más de 320.000— y en 1800, veinticinco —seis con más de 160.000 y tres con más de 320.000— (DE VRIES, 1987:45-61)²⁶.

Este proceso es alentado con el surgimiento del Estado moderno que conduce al establecimiento de capitales nacionales, cuya magnitud creciente las coloca a la cabeza de la jerarquía urbana. Estas metrópolis inauguran una nueva forma urbana que suele denominarse ciudad barroca. En ella perviven las formas tradicionales de construcción de la ciudad, pero se añade un nuevo componente: la preocupación por la perspectiva monumental, como proyección del renacimiento europeo. Los monarcas absolutos apoyan la construcción de importantes monumentos que todavía hoy nos sorprenden y que funcionan como ejes urbanos y símbolos de poder. Mal que mal, en este periodo la intervención pública es capaz de moldear la realidad urbana con mucha facilidad por una diversas razones, como la ausencia de contrapesos políticos, la falta de participación ciudadana y la estabilidad del propio medio urbano (BENEVOLO, 1992:27).

Posteriormente, las tendencias ilustradas seguirán una línea semejante impulsando la construcción de edificios públicos (escuelas, hospitales, ayuntamientos, bibliotecas, etc.) para distribuir las instituciones civiles por el territorio, en lo que se ha denominado como una transición de la ciudad-monumento a la ciudad-servicio (GRAVAGNUOLO, 1998:33-34). Dentro de este periodo destacan en España las obras de Carlos III (como la remodelación del Paseo del Prado en Madrid, CHUECA G., 2000:159 y, más en general, p.136-165).

²⁶ Véase especialmente el cuadro 3.1. de p. 46. Lógicamente no hay fuentes completamente fidedignas. CHUECA G. señala que ya en el siglo XVI había 14 ciudades con más de 100.000 habitantes (CHUECA G., 2000:140).

2.2. La explosión urbana: Revolución Industrial y reacciones

2.2.1. El crecimiento urbano en cifras

El pausado crecimiento urbano se acelera decisivamente durante los siglos XVIII y XIX de la mano de una serie de factores interrelacionados entre los que destacan los progresos en la producción agrícola, un sostenido crecimiento demográfico (propiciado por la reducción de la tasa de mortalidad) y una serie de avances tecnológicos, especialmente en materia de transportes y técnicas constructivas (VINUESA A. & VIDAL D., 1991:59-74). La Revolución industrial resulta decisiva, pues la ciudad resultará ser la forma de asentamiento humano más favorable para el desarrollo capitalista²⁷. Este es el inicio del crecimiento urbano explosivo que ha llevado a los niveles actuales de urbanización y el consiguiente declive de la vida rural. En efecto, de las 364 ciudades con al menos 10.000 habitantes de 1800 se pasa, en apenas 50 años, a 878 (1850) y 40 años más tarde a 1.709 (1890), un 555% más que en 1750. También asombra el aumento de las ciudades mayores. Para 1850 ya son cuarenta y una las ciudades que han llegado al umbral de los 100.000 habitantes y de ellas dos han alcanzado el millón. Cuarenta años más tarde (1890) las primeras han aumentado a ciento una y las segundas, a cuatro.

Se trata de un proceso sorprendente. DE VRIES calculaba la población urbana europea en tres millones y medio para 1500, siete millones y medio para 1750 y doce millones para 1800. Pero esa tasa de crecimiento palidece frente a los veintinueve millones y medio de habitantes que hay en 1850 y todavía más ante los sesenta y siete millones! que existen en 1890. La población rural, a la inversa, va reduciendo su importancia, en buena medida porque un porcentaje importante de sus efectivos emigrará a la ciudad en busca de nuevas oportunidades. Mientras en 1500 sólo el 5,6% de población era urbana, en 1600 lo era el 7,6% y en 1750, el 9,5%. Al iniciarse el siglo XIX ya era urbano el 10% de la población y en adelante el proceso se dispara. Para 1850 lo es el 16,7%, que vuelve a subir violentamente en 1890 hasta alcanzar el 29% (DE VRIES, 1987:45-61, 66-67, 98 y 100)²⁸. Obviamente la

²⁷ Hasta la Revolución Industrial “la ciudad es una forma minoritaria de asentamiento que experimenta oscilaciones con épocas de más esplendor y otras de declive, pero que mantiene durante siglos unos tamaños, unas morfologías y unas estructuras sin grandes cambios. Las transformaciones que introduce el nuevo sistema de producción y los avances tecnológicos que se van produciendo a su amparo, hacen que la ciudad crezca, se genera y se convierte, con un gran dinamismo, en la forma de organización obligada y propiciada por la eficacia del sistema económico” (VINUESA A. & VIDAL D., 1991:29). También pueden verse a este respecto, entre otros, a GRAVAGNUOLO, 1998:32-37, y CHUECA G., 2000:166-186.

²⁸ **Cotejar datos con C/R 338.1(083.4) MIT 1998 / MITCHELL, B.R. *International historical statistics: Europe, 1750-1993*, 4ª ed. MIT: 1998 (por conseguir)**

ausencia de fuentes oficiales perjudica la exactitud de estos cálculos, pero las tendencias parecen claras (con importantes diferencias entre los distintos territorios europeos desde las Islas Británicas —que marcan el punto más alto— hasta Portugal o Polonia —más rezagadas—). En esta época el urbanismo perderá buena parte de su carácter prospectivo y pasará a tener el carácter de un remedio de urgencia aplicado *a posteriori* (BENEVOLO, 1992:7)²⁹, como todavía sigue ocurriendo en amplios sectores del planeta.

Este inédito aumento de población presionará sobre la estructura urbana en magnitudes nunca antes vistas. Incrementará la densificación al interior de los recintos amurallados (aumento de alturas dentro de las posibilidades tecnológicas, subdivisión de viviendas existentes y construcción de otras nuevas en los espacios interiores vacantes) y también extenderá la población fuera de ellas en suburbios obreros miserables (muchos de ellos adyacentes a las nuevas industrias). Todo esto se traduce en un importante aumento de la demanda por suelo urbano que lo transforma en un bien cada vez más escaso y, en consecuencia, caro. Si hasta entonces el coste de las transformaciones urbanas estaba determinado, como nos recuerda SICA, por el valor de los materiales y el trabajo constructivo, ahora también empezará a pagarse “un precio que corresponde a un valor presunto que no guarda relación con ninguna forma de trabajo prestado directamente sobre aquel bien, ni con ningún capital fijo incorporado” y que pasa a relacionarse primordialmente con la localización y expectativas de urbanización del suelo³⁰. En este contexto la especulación y la segregación —tanto la vertical como la horizontal— encontrarán un escenario propicio que tan sólo podrá evitar o atenuar la intervención pública. La descripción que entonces hace ENGELS de los barrios obreros ingleses sigue siendo aplicable a muchas ciudades:

«Toda gran ciudad tiene uno o varios “barrios malos”, donde se concentra la clase obrera. Desde luego, es frecuente que la pobreza resida en callejuelas recónditas

²⁹ AYMÓNINO pone de relieve que los instrumentos urbanísticos procuran “salvar una realidad que se desarrolla independientemente” de sus previsiones, ya que no les resulta posible prever cómo será “o por lo menos la previsión se reduce a sectores tan parciales — como algunas infraestructuras o algunos servicios— que queda siempre supeditada a las decisiones privadas” (AYMÓNINO, 1971:93).

³⁰ Con la revolución industrial el rendimiento del suelo “capitaliza como renta absoluta los efectos de un trabajo social de conjunto que se traduce en la expansión urbana y que determina para ciertas áreas la posibilidad de acceder concretamente al mercado”, generando una renta diferencial que “refleja una cualidad específica dentro de la oferta total de suelo, determinada por las particulares condiciones naturales del terreno y por las características que todavía dependen del trabajo humano (proximidad y accesibilidad a construcciones, artefactos y bienes), ambas en conexión con una apreciación subjetiva de la demanda... estos dos tipos de renta se ven acentuados, respectivamente, por el aumento dimensional de la ciudad y sus infraestructuras y por su progresiva diferenciación morfológico-ambiental y de clase” (SICA, 1981:42).

muy cerca de los palacios de los ricos; pero, en general, se le ha asignado un campo aparte donde, escondida de la mirada de las clases más afortunadas, tiene que arreglárselas sola como pueda. En Inglaterra, estos “barrios malos” están organizados por todas partes más o menos de la misma manera, hallándose ubicadas las peores viviendas en la parte más fea de la ciudad... Casi siempre se trata de edificios de dos o una planta, de ladrillos, alineados en largas filas, si es posible con sótanos habitados y por lo general contruidos irregularmente. Estas pequeñas casas de tres o cuatro piezas y una cocina se llaman *cottages* y constituyen comúnmente en toda Inglaterra, salvo en algunos barrios de Londres, la vivienda de la clase obrera. Las calles mismas no son habitualmente ni planas ni pavimentadas; son sucias, llenas de detritos vegetales y animales, sin cloacas ni cunetas, pero en cambio sembradas de charcas estancadas y fétidas. Además, la ventilación se hace difícil por la mala y confusa construcción de todo el barrio, y como muchas personas viven en un pequeño espacio, es fácil imaginar qué aire se respira en esos barrios obreros. Por otra parte, las calles sirven de secaderos, cuando hace buen tiempo; se amarran cuerdas de una casa a la de enfrente, y se cuelga la ropa mojada a secar... si se conoce Manchester, se puede *deducir* del aspecto de las calles principales, el aspecto de los barrios contiguos; pero, desde esas calles es difícil descubrir *realmente* los barrios obreros. Yo sé muy bien que esa disposición hipócrita de las construcciones es más o menos común de todas las grandes ciudades; yo sé igualmente que los comerciantes al por menor deben, a causa de la naturaleza misma de su comercio, monopolizar las grandes arterias; sé que por todas partes se ve, en las calles de ese género, más casas bellas que feas, y que el valor del terreno que las circunda es más elevado que en los barrios apartados. Pero en ninguna otra parte como en Manchester he comprobado el aislamiento tan sistemático de la clase obrera, mantenida apartada de las grandes vías, un arte además delicado de disfrazar todo lo que pudiera ofender la vista o los nervios de la burguesía” (ENGELS, 1845:70 y 97).

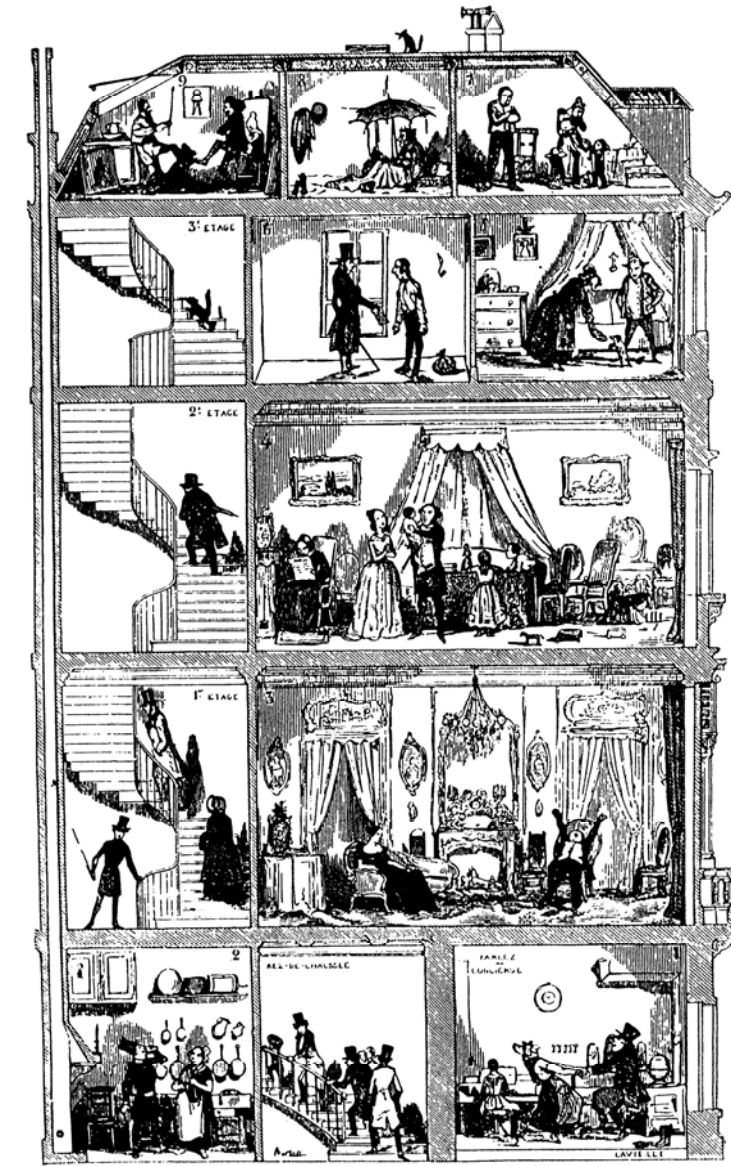


Figura 1: Sección de un edificio parisino de cinco plantas que refleja la “segregación vertical” (Fuente: HETZEL, *Le diable à Paris*, 1845, reproducido en BENÉVOLO, 1993:186).

2.2.2. El socialismo utópico y el marxismo

Los problemas sociales que genera este escenario no tardan en hacerse visibles. Las pésimas condiciones sanitarias en que vivían los obreros alimentan la literatura de DICKENS o los ensayos de ENGELS³¹ y generan una creciente preocupación pública³².

³¹ En el caso de Charles DICKENS nos referimos, sobre todo, a *Oliver Twist* (1837-1838). En el de ENGELS, a la ya citada *La situación de la clase obrera...* (1845), que aparte de los textos que hemos transcrito incluye crudas imágenes que nos recuerdan las condiciones de vida que

De allí que surjan reacciones de diverso talante para terminar con este estado de cosas, tanto en el plano de la organización económica general como en el específico de la vivienda obrera, que es el que nos interesa por sus evidentes repercusiones urbanísticas. En este último destacarán las posturas conocidas como “socialismo utópico”, cuyos principales exponentes son OWEN, FOURIER y CABET. A su confianza en la racionalidad científica unen el tratamiento del urbanismo como un poderoso medio de transformación social (SÁNCHEZ DE MADARIAGA, 1999:45), y a las grandes ciudades oponen asentamientos ideales, dotados de una rigurosa organización y de tamaño predeterminado, alcanzado el cual deberían crearse nuevos asentamientos en vez de extender el ya existente.

El empresario inglés Robert OWEN propondrá un modelo para 1200 personas consistente en una serie de edificaciones dispuestas en forma de cuadrilátero — circundadas por un terreno de 1.000 a 1.500 acres, esto es, 404,68 a 607,02 hectáreas— en cuyo interior se situaban los edificios públicos, como las escuelas. Estas últimas eran de gran importancia ya que los niños asistirían a ellas hasta los 10 años, edad en que se incorporaban a trabajar (para entonces una medida progresista)³³ pudiendo continuar sus estudios —si querían— en horario nocturno. El trabajo manual debía constituir la medida de los intercambios y para lograrlo se dio preferencia a la actividad agrícola sobre la industrial, estableciendo una organización económica cooperativista; así, los trabajadores serían también consumidores de los productos elaborados³⁴. OWEN difundió sus ideas y las expuso

existen, en pleno siglo XXI, en los peores asentamientos irregulares de los países en vías de desarrollo (pueden verse fragmentos en BENEVOLO, 1992:41-51).

³² BENEVOLO comenta el impacto público que produjo la violenta represión de una manifestación obrera en 1819, producto de la cual resultaron 12 personas muertas. El incidente se produjo en el campo de St. Peter, cerca de Manchester, e ironizando se le llamó “batalla de Peterloo” (BENEVOLO, 1992:53-54).

³³ En efecto, en ese entonces la *Act for the Preservation of the Health and Moral of apprentices and other employed in cottons and other mills*, de 1802, disponía que los menores que trabajaran como aprendices en la industria algodonera tendrían una jornada máxima de 12 horas diarias, prohibiendo sólo el trabajo nocturno y exigiendo a los patrones, eso sí, brindar a los niños una instrucción elemental. La Ley de Fábricas, de 1833, declaró ilegal “emplear, mantener o permitir permanecer en una fábrica ... durante más de 48 horas en una semana o más de 9 horas en un día ... a niños menores de diez años” (VIII). En Francia las cosas no eran mucho mejores; en 1813 se prohibiría el trabajo de menores de 10 años... en las minas. En España habrá que esperar hasta la Primera República para que se dicte la Ley sobre trabajo de los niños y niñas obreros, de 24 de julio de 1873, que prohibirá el trabajo en fábricas, fundiciones o minas a menores de 10 años (SUÁREZ G., 1967:13-29, esp. 22-23).

³⁴ OWEN expone sus ideas por primera vez en *A new view of society, or essays on the principle of the human character*. Londres: Cadell & Davis, 1813-1814, aprovechando el prestigio que le daba ser un exitoso empresario que había partido desde una modesta posición además de dirigir, desde 1799, la hilandería de New Lanark, verdadero modelo de organización

ante muchas autoridades, pero sólo pudo ponerlas en práctica en 1826 en Indiana, Estados Unidos, fundando con 800 personas New Harmony. Tras diversas vicisitudes, éste y los posteriores asentamientos “owenitas” (en Estados Unidos e Inglaterra) fracasaron, si bien el pensamiento cooperativista de OWEN tendría mejor suerte, especialmente en Estados Unidos (BENEVOLO, 1992:61-79).

El francés Charles FOURIER, en tanto, diseñó un sistema filosófico-político que contemplaba una serie progresiva de estadios de mayor armonía en la sociedad que culminaban con la idea del *falansterio*, edificio colectivo donde habitaba una comunidad de 1620 personas (la *falange*) con todos los equipamientos necesarios para trabajar, educar a los niños y recrearse, que se organizaba de forma cooperativa (los beneficios obtenidos se repartían entre los asociados según el capital, trabajo y talento de cada uno). Los ensayos parten en Francia, en 1832, extendiéndose por diferentes países, especialmente Estados Unidos, pero todos acabaron mal³⁵. Uno de los seguidores de FOURIER, Jean-Baptiste GODIN, adaptó su modelo construyendo en Guisa (1859 a 1876) un complejo que llamó *familiasterio*. Más reducido que el *falansterio*, la empresa tiene carácter industrial y no agrícola y flexibiliza la vida en común que en el falansterio es de suma importancia, dando a cada familia alojamiento particular. Con ello logrará ser la única experiencia viable de las corrientes que estamos comentando (BENEVOLO, 1992:103 y GRAVAGNUOLO, 1998:66-67), si bien ENGELS la descalificó afirmando que había terminado por ser “un simple lugar de explotación de los obreros” (ENGELS, 1872-3).

El último modelo utópico que alcanzó gran difusión fue la *Icaria* del francés Étienne CABET, forma de organización social sin propiedad privada a la que se debía llegar en un marco de reformas graduales y pacíficas que excluían la revolución del proletariado. En 1847 este autor anunció su propósito de fundar una comunidad regida por estos principios y dos años más tarde lo hizo —cruzando el Atlántico como sus predecesores— en Nauvoo (Illinois, Estados Unidos). Una serie de conflictos llevaron a la división del grupo y el retiro de un grupo de asociados —encabezados por el propio CABET— quienes insistieron fundando nuevos

productiva con respeto a los trabajadores. Una visión sobre este personaje en (GORDON, 1993:279-297).

³⁵ Al describir el “sexto estadio” de su sistema, FOURIER explica con detalle como deberían ser las ciudades; para BENEVOLO, “anticipa en forma sorprendente el contenido de los reglamentos constructivos del siglo XIX y les atribuye un valor resolutivo que será desmentido por la experiencia posterior; sigue siendo, quizá, la más importante contribución de Fourier a la práctica urbanística futura” (BENEVOLO, 1992:84-85). Las obras de FOURIER se publican entre 1808 y 1836, destacando la *Teoría de los cuatro movimientos* (1808) y el *Tratado de la asociación doméstica-agrícola* (1822).

asentamientos, más pequeños, que tampoco corrieron mejor suerte. Hacia 1895 todos se habían disuelto³⁶.

En síntesis, el camino utópico se mostró marcadamente ineficaz (la pura denominación con que le conocemos parece suficientemente expresiva), en buena parte —como ha dicho CHOAY— por “el carácter coactivo y represivo de su organización y, sobre todo, por su ruptura con la realidad socioeconómica contemporánea” (CHOAY, 1983:32)³⁷.

También el *Manifiesto Comunista* (1848) se opuso a estas tendencias, en las que veía una posición burguesa-paternalista incapaz de resolver la situación obrera³⁸. De igual modo, el marxismo se alejará de las tesis que promovían el acceso de los obreros a viviendas en propiedad (idealmente de una planta y con un pequeño huerto), en que paradójicamente coincidían sectores conservadores-caritativos y socialistas (entre los segundos PROUDHON)³⁹. Para ENGELS la verdadera solución de este problema se relacionaba “con cuestiones de mucho mayor alcance, entre las cuales figura, como una de las más esenciales, la supresión del contraste entre la ciudad y el campo”, que ya anunciaba el *Manifiesto*⁴⁰ y que ENGELS reafirma señalando que:

“Sólo mediante la fusión de la ciudad y el campo puede eliminarse el actual envenenamiento del aire, el agua y la tierra; sólo con ella puede conseguirse que las masas que hoy se pudren en las ciudades pongan su abono natural al servicio del cultivo de las plantas, en vez de al de la producción de enfermedades.... La superación de la separación de la ciudad y el campo no es, pues, una utopía, ni siquiera en

³⁶ CABET plantea su teoría en la novela *Viaje a Icaria*, de 1840, que describe —al modo de la *Utopía* de Tomás MORO— un modelo de sociedad ideal en un país ficticio (Icaria).

³⁷ Esta autora engloba al socialismo utópico dentro de la categoría de “modelos progresistas” que, junto a los modelos que denomina “culturalistas” (los de RUSKIN y MORRIS) integran el “preurbanismo”, la primera reacción a la ciudad industrial. Pueden verse sobre estas utopías urbanas, entre otros: la propia CHOAY, (1983:19-33), con una selección de textos originales de OWEN (p. 111-118), FOURIER (p. 119-132), CABET (p. 151-164), ENGELS (p. 223-236) y otros autores de esta corriente; BENEVOLO, 1992:61-115, con amplias transcripciones de ENGELS; GRAVAGNUOLO, 1998:65-68 y AYMUNINO, 1971:21-26. También hay textos seleccionados de OWEN y FOURIER en VV.AA, 1998.

³⁸ Este texto califica de a estos sistemas de “utópicos” y los critica porque “no aciertan todavía a ver en el proletariado una acción histórica independiente, un movimiento político propio y peculiar” sino que pretenden “mejorar las condiciones de vida de todos los individuos de la sociedad, incluso los mejor acomodados”, cayendo “en la categoría de los socialistas reaccionarios o conservadores, de los cuales sólo se distinguen por su sistemática pedantería y por el fanatismo supersticioso con que comulgan en las milagrerías de su ciencia social”. MARX & ENGELS, 1848.

³⁹ ENGELS, Federico. *Contribución al...*, ob. cit., primera parte (*Como resuelve Proudhon el problema de la vivienda*), disponible en <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/vivienda/2.htm>.

⁴⁰ La 9ª medida incluida en el *Manifiesto Comunista* era la “tendencia a ir borrando gradualmente las diferencias entre el campo y la ciudad”.

atención al hecho de que presupone una dispersión lo más uniforme posible de la gran industria por todo el territorio. Ciertamente que la civilización nos ha dejado en las grandes ciudades una herencia que costará mucho tiempo y esfuerzo eliminar. Pero *las grandes ciudades tienen que ser suprimidas, y lo serán, aunque sea a costa de un proceso largo y difícil... las grandes ciudades desaparecerán*” (cursivas nuestras, ENGELS, 1964:293-294).

El remedio no era construir más viviendas, sino redistribuir el parque existente:

“...existen en las grandes ciudades edificios suficientes para remediar en seguida, si se les diese un empleo racional, toda verdadera «penuria de la vivienda». Esto sólo puede lograrse, naturalmente, expropiando a los actuales poseedores y alojando en sus casas a los obreros que carecen de vivienda o que viven hacinados en la suya” (ENGELS, Federico. *Contribución al...*, primera parte).

Tan incisivas medidas no constituían un modelo alternativo a los anteriores pues suponían previamente que el proletariado conquistase el poder político y se instaurara la sociedad sin clases. Por lo mismo CHOAY calificó al marxismo decimonónico como la “crítica sin modelo”. BENEVOLO opina que esta actitud hará que el urbanismo se transforme en un asunto no prioritario para el marxismo desde 1848, desvinculando a esta ideología de este debate y las reformas urbanas subsiguientes (BENEVOLO, 1992:146)⁴¹.

AYMONINO, en cambio, estima que el análisis marxista pone de relieve que en la sociedad capitalista “los problemas son mucho más complejos que lo que los utopistas pudieron imaginar” y hace “descender la utopía al nivel de realidad”. ENGELS, en su opinión, se aleja de las posturas centradas en la construcción de viviendas obreras para privilegiar la lucha contra la tendencia que tiene la ciudad capitalista de excluir a los sectores “fuera de la ley de la oferta y la demanda”, en una óptica general (y no limitada a la pura vivienda obrera) que huye de puntuales intervenciones paternalistas o reformistas. Una cuestión que, naturalmente, excede la órbita de las soluciones puramente urbanísticas pero que se anticipaba a buena parte de los problemas que luego generaría la visión centrada en la vivienda⁴². Por lo mismo estima que la crisis de 1848 lleva a “la toma de conciencia de un camino distinto, en absoluto paralelo, entre urbanística y política” en el que la primera

⁴¹ CHOAY comparte que el urbanismo del siglo XX surge como una técnica “despolitizada” pero estima que la visión de lo que ella llama “preurbanismo progresista” (que engloba a los socialistas utópicos) “está influida más por una teoría de las relaciones sociales que por una política propiamente dicha”, visión que no termina en 1848 sino que “subsiste hasta principios del siglo XX” (CHOAY, 1983:39, nota 1).

⁴² Advierte este autor que destacar la vivienda económica dentro del conjunto urbano tendría un efecto perverso: “la división en zonas funcionales del conjunto [esto es, de la ciudad], como se va realizando con el sistema actual, en el cual la destinación de uso del suelo determina automáticamente su precio” (AYMONINO, 1971:47).

pasará a configurarse como “...una disciplina con sus leyes, sus problemas, su historia, que aunque indirectamente tiene y tendrá siempre unas referencias concretas a la historia política, no por eso puede confundirse con ella, bajo pena de su instrumentación” (AYMONINO, 1971:46).

2.2.3. La reacción de los poderes públicos durante el siglo XIX: urbanismo sanitario, reforma de la ciudad existente y creación de nuevos espacios urbanos

a) De las alineaciones y ordenanzas al urbanismo sanitario

Los primeros instrumentos del urbanismo fueron la técnica de las alineaciones y las ordenanzas locales. La primera no es sino “el trazado y la fijación de las líneas divisorias del espacio edificable y no edificable, privado y público o colectivo, con la finalidad de definir las fincas privadas, las calles, las plazas, los patios” (PAREJO A., 1986:6). Se trata de una herramienta básica y antiquísima, pues una de las primeras operaciones que supone la fundación de una nueva ciudad es el trazado de las calles, esto es, la definición de sus alineaciones, las mismas que son la información mínima que se espera del plano de todo centro poblado. Las relaciones entre los habitantes de la ciudad, en tanto, se sujetaban a Ordenanzas locales que regulaban las servidumbres urbanas y la construcción con menor intensidad, claro está, que las actuales normas urbanísticas (GARCÍA DE ENTERRÍA & PAREJO A., 1979:32)⁴³. Estas técnicas permitían regular el desarrollo urbano previo a la explosión demográfica. Producida ésta serán rápidamente superadas por insuficientes y deberán generarse nuevas herramientas jurídico-urbanísticas para hacer frente a los también nuevos problemas que aparecen.

El urbanismo sanitario del siglo XIX es la primera de estas respuestas, englobando una serie de actuaciones que pretenden mejorar las malas condiciones higiénicas que la Revolución industrial hace padecer a los barrios obreros y que las frecuentes epidemias de cólera traducen en una elevada mortandad. En el caso inglés el Informe Chadwick (1842) describirá de forma crítica la dura realidad del proletariado urbano⁴⁴ y propondrá una serie de medidas que serán recogidas por la

⁴³ Citan como ejemplo las Ordenanzas de Construcción de Madrid, recopiladas por Torija en 1661 y por Ardemans en 1719. Sobre éstas y otras ordenanzas madrileñas puede verse con más detalle BASSOLS C., 1973:88-92.

⁴⁴ Se trata del *Reporte sobre la Condición Sanitaria de la Población Trabajadora de Gran Bretaña*, que fue encargado a los comisionados de la Ley de Pobres en 1839 y se presentó a ambas cámaras del Parlamento británico en julio de 1842. Su redacción corresponde, fundamentalmente, al secretario de la Comisión, el médico Edwin Chadwick, y es una de las fuentes que cita ENGELS en su obra de 1845. Al respecto puede verse GARCÍA DE

legislación inmediatamente posterior, particularmente la *Public Health Act* de 1848 (reemplazada en 1875), las leyes de construcciones subvencionadas de 1851 (la *Labouring Classes Lodging Houses Act* y la *Common Lodging Houses Act*, perfeccionadas en 1868 y 1875) y la *Housing of the Working Class Act* de 1890, que refundió las anteriores⁴⁵. En Francia las críticas de socialistas y católicos se intensifican en la década de 1840 dando como fruto la Ley Melun, de 13 de abril de 1850, que perseguía la rehabilitación de las viviendas insalubres contemplando multas e, incluso, la expropiación aprovechando la Ley de 1841. Según su artículo 13 esta última medida no sólo procedía respecto de viviendas singulares sino que, de ser necesario para superar la situación de insalubridad, podía aplicarse a las viviendas ubicadas en el perímetro que fuere menester (BENEVOLO, 1992:136-140)⁴⁶. En este ambiente se producirá la reforma y expansión de numerosas ciudades europeas, destacando los casos de París (1853-1869), Bruselas (1867-71), Viena (1857), Barcelona (1859), Florencia (1864-77) y Londres (1848-1865). Hay quien estima que estas intervenciones marcan la aparición de la racionalidad científico-técnica como paradigma urbanístico (SÁNCHEZ DE MADARIAGA, 1999:34-37). Pero aunque en parte sea así no puede ignorarse que no estamos ante una técnica neutra o aséptica. Para BENEVOLO, por ejemplo, estas actuaciones responden a una actitud conservadora:

“Napoleón III en Francia, los jóvenes *tories* orientados por Disraeli en Inglaterra, Bismarck en Alemania, advierten muy pronto la importancia que puede tener una política orgánica de trabajos públicos para la estabilidad política de sus respectivos países. Las reformas parciales, inclusive las elaboradas por la oposición de izquierda, pueden ser promovidas para evitar una presión demasiado fuerte sobre las instituciones que es posible conservar” (BENEVOLO, 1992:147)⁴⁷.

AYMONINO estima que, más bien, el problema es la dependencia del poder público que suelen tener los urbanistas, pues muchas veces aquél es el único que puede financiar o posibilitar los proyectos que estos conciben:

ENTERRÍA & PAREJO A., 1979:34-35. Otras descripciones de la crisis de la ciudad decimonónica en HALL, 1996:25-55.

⁴⁵ Las primeras manifestaciones de actividad legislativa fueron una ley de 1844 para Londres y sus contornos, que definía los requisitos mínimos para las casas de arrendamiento y prohibía destinar a vivienda los locales subterráneos, y otra de 1846 que estableció baños y lavaderos públicos en la misma ciudad (BENEVOLO, 1992:122-133, GRAVAGNUOLO, 1998:71-72 y WEYL, 1970:27-32).

⁴⁶ Sobre el caso francés puede verse, también, MARTÍNEZ & LÓPEZ, 2003.

⁴⁷ CHOAY discrepa de esta visión: “los proyectos técnicos que atraen la atención de Benevolo a partir de 1848, no constituyen más que un caso —particularmente espectacular, como consecuencia de la revolución industrial— de una práctica que ha existido siempre; tiende a confundir el urbanismo con la ingeniería civil” (CHOAY, 1983:39, nota 1).

“Gran parte de la actual «deserción» o sospechada inutilidad de la praxis urbanística deriva en realidad, a mi parecer, de no haber clarificado los términos disciplinares intrínsecos y de haber resultado «disponible» —a menudo acriticamente— a las más diversas propuestas del poder, aparentemente en continuo movimiento (hasta el punto de ilusionar a muchos sobre móviles presuntamente «progresistas»), de hecho constantemente inmóvil en la dependencia directa de las opciones económicas” (AYMONINO, 1971:93).

Por otro lado, destaca que en estos procesos el sector privado tiene un rol significativo a diferencia de lo que ocurría en otros problemas sociales, donde la solución teórica más admitida en el siglo XIX era la “gestión total o prevalentemente pública” (como la educación, la sanidad o los transportes). En el desarrollo urbano, en cambio, “siempre se ha precisado más el carácter normativo y vinculante de una actividad que es dirigida, casi en su totalidad, por particulares” (AYMONINO, 1971:93). En esta misma línea puede destacarse que no sólo se producen viviendas sociales subvencionadas por el Estado, sino que habrá casos en que éstas serán directamente promovidas por empresarios como iniciativas “caritativas”, inscritas en la misma lógica conservadora de disminuir la conflictividad social y prevenir episodios como la oleada revolucionaria de 1848 (véanse ejemplos en BENEVOLO, 1992:155-171 y GRAVAGNUOLO, 1998:68-70).

En España también se hará sentir la necesidad de reformas urbanas a mediados de siglo. Un buen testimonio es la estadística de la clase obrera de Barcelona en 1856 que nos dejó CERDÁ y que revela, entre otras cosas, que la vida promedio de un obrero es casi 13 años más breve que la de un integrante la clase rica si bien tampoco la expectativa de este último es elevada: apenas 36,47 años⁴⁸. El socialismo utópico tendrá alguna resonancia, pero no dará lugar a desarrollos originales⁴⁹. La primera expresión de las reformas será el derribo de las murallas, paso previo para ampliar las poblaciones. Algunas ciudades, como el Madrid de los Austria, no tenían ya murallas durante la edad moderna (CAPEL, 2002:138)⁵⁰. Pero en otras muchas —especialmente las *plazas fuertes*— seguían teniendo gran importancia bien

⁴⁸ El promedio de la clase rica es de 36,47 años y el de la clase pobre, 23,55, según la Memoria del Ante-Proyecto del Ensanche de Barcelona de Cerdá de 1855 (incluida en CERDÁ, 1991b:65). La estadística aparece en la *Teoría de la construcción de las ciudades aplicada al proyecto de reforma y ensanche de Barcelona*. Barcelona: 1859, incluida también en este volumen (*Ibid.*:192-247) y, más ampliamente, en la Monografía estadística de la clase obrera de Barcelona, de 1856 (reeditada en CERDÁ, 1968b).

⁴⁹ A este respecto puede consultarse ELORZA, 1975 (esp. el *Estudio Preliminar*, p. IX a CXLIX).

⁵⁰ Las murallas de Madrid fueron dos: una árabe, del siglo IX, y otra cristiana, del siglo XIII (Madrid fue una ciudad musulmana durante doscientos años, desde su fundación —aproximadamente en 855— hasta su conquista —en 1083 ó 1085—), pero “a partir de 1647 se concedió permiso para edificar fuera de la muralla quedando ésta integrada en la ciudad” (GEA O., 2002:22 y ss.).

entrado el siglo XIX, fenómeno que también ocurría en Francia⁵¹. Baste considerar que en el caso español las zonas polémicas comprendían un radio de 1.250 m. (MAS H., 1996:24 y MURO M., 1990:126), representando un evidente problema para el crecimiento extramuros. Este último se expresaba en suburbios irregulares (esto es, no regidos por las ordenanzas municipales) y miserables (no todos, pues algunos pertenecían a sectores pudientes como apuntó CERDÁ)⁵². Adicionalmente, los muros dificultaban la circulación de los modernos medios de transporte que ya hacían posible la dispersión de la ciudad. Para colmo, los avances de la artillería los dejaban al borde de la obsolescencia (LE GOFF, 1991:20). Por todo ello demandaran su derribo las corporaciones locales, los ciudadanos (sea por motivos de interés general o por individuales apetitos inmobiliarios) e incluso sectores militares (que ven aquí una oportunidad de recaudar recursos vendiendo los terrenos en que se emplazan las fortificaciones)⁵³. La demolición de las murallas ibéricas se realizará en la mayoría de los casos durante la segunda mitad del siglo XIX y Barcelona (1854) será uno de los símbolos de este proceso⁵⁴.

La regulación de la expansión urbana —denominada “ensanche”— puede remontarse a la Real Orden de 6 de diciembre de 1846, que ordena a los Ayuntamientos de “crecido vecindario” levantar “planos geométricos” de sus poblaciones (BASSOLS C., 1973:101-194, y 1996). En el caso de Madrid esto se hace efectivo en 1857 al encargarse al Ministerio de Fomento la formulación del Plan de Ensanche de Madrid (que elaboraría Carlos María de Castro); en el de Barcelona, hay que esperar al Real Decreto de 31 de mayo de 1860 que confirma el encargo del

⁵¹ Sobre el caso francés pueden verse los expresivos datos que registra CAPEL, 2002:148-149.

⁵² Al referirse a los suburbios CERDÁ distingue entre los formados por la atracción de las vías de comunicación, por causas industriales, por causas administrativas (o fiscales, más bien) o como medio de expansión urbana de las clases pudientes (CERDÁ, 1968b:232-237). Estos últimos son un evidente símbolo de segregación socioeconómica y entran de lo que este autor denomina *urbanización rurizada*: “Aquí todo respira riqueza, holgura, comodidad, bienestar. Patios, jardines, puntos de perspectiva bien escogidos, juegos de agua, todo se ve aquí reunido, y confundido no pocas veces con antiguas casas de labranza, que probablemente fueron el primer núcleo de atracción para el establecimiento de tales barriadas... Lo sensible es que no sea dado á todas las clases sociales el proporcionarse semejantes compensaciones” (CERDÁ, 1968b:236-237).

⁵³ Se ha afirmado que esta operación constituye “una fuerte reivindicación amparada por el clima cultural de la Europa del siglo XIX” (FARA, 1991:360). Para el caso español pueden consultarse MURO M., 1990:113-137 o CAPEL, 2002:147-153.

⁵⁴ En general el proceso ocurre en la segunda mitad del siglo, así p. ej., Tarragona (se inicia en 1854), San Sebastián (1863), Valencia (1865), Vigo (1869) o Pamplona (el derribo se realiza en fases, primero para el primer ensanche, de 1888, y luego para el segundo, desde 1915). Hay ciudades donde el derribo es posterior como Cartagena (1897), Palma de Mallorca (1902) o Cádiz (1906), y algunas en que no llega a producirse. Puede verse un resumen de la situación de diversas ciudades /en/ FERNÁNDEZ G., 1997:580-584. Sobre Barcelona véase ESTAPÉ, 2001:107-147.

Plan del ensanche barcelonés a Cerdá. A esas alturas se elabora también el primer intento legislativo sistemático por abordar el conjunto del fenómeno urbanístico, a saber, el notable *Proyecto de Ley General para la reforma, saneamiento, ensanche y otras mejoras de las poblaciones* que en 1861 presentaría el entonces Ministro de la Gobernación, José POSADA HERRERA. Dentro de las innovaciones contemplaba instituciones como las cesiones obligatorias y gratuitas, la reparcelación, la enajenación forzosa por incumplimiento del deber de edificar o la detracción de plusvalías en los justiprecios expropiatorios. Desgraciadamente, la oposición que este proyecto suscitó entre los propietarios hizo que fuera retirado en junio de 1862 (BASSOLS C., 1973:202-205)⁵⁵. El siguiente paso sería la aprobación de la Ley de Ensanche de 29 de Junio de 1864, que tiene alcances mucho más limitados (como indica su nombre no aborda la reforma interior) y una visión liberal de la propiedad privada. Baste mencionar que en ella las cesiones y el costeamiento de la urbanización no eran obligaciones sino conductas voluntarias, a lo sumo estimuladas su práctica mediante incentivos fiscales; tampoco era un deber la edificación de los solares (BASSOLS C., 1973:252-260). El Reglamento de la Ley, de 25 de abril de 1867, perfeccionará algunos aspectos —en parte debido a la crítica de la Junta de Propietarios del ensanche de Barcelona—. Así, por ejemplo, articula un primer sistema de planeamiento urbanístico. No obstante, al ser un precepto de menor jerarquía tampoco puede introducir cambios de mayor entidad (BASSOLS C., 1973:276-292). El 22 de diciembre de 1876 se aprobará una nueva Ley de Ensanche que no aporta grandes novedades (modifica, por ejemplo, aspectos de las Juntas de Ensanche) y en 1892, una Ley especial para el ensanche de Madrid y Barcelona de 24 de julio de 1892. Cabe señalar que estas operaciones atraerán a buena parte de la burguesía que ya entonces considerará a los activos inmobiliarios como valores seguros, pero sin que se llegue a desarrollar un sector empresarial relevante dedicado habitualmente a esta actividad, con lo que la promoción inmobiliaria se ve dominada por actores ocasionales⁵⁶.

⁵⁵ BASSOLS C. efectúa una revisión profunda y favorable del alcance que hubiese tenido este precepto de haber sido aprobado. Sobre el proyecto en general véase p. 186 y ss.; su texto, en p. 581-589.

⁵⁶ Se ha dicho que “la erección de la Barcelona decimonónica fue una obra colectiva, una empresa en que participó toda la burguesía” y en la que la intervención de empresarios, sea personas naturales o sociedades, fue completamente residual (TAFUNELL, 1992:7). En Madrid, en tanto, durante 1840 y 1880 —cénit del sector de la construcción— “el número de las empresas inmobiliarias se reduce a una ligera nómina en la que sobresalen los casos de la Peninsular, de Pascual Madoz..., del marqués de Salamanca y de Miguel Sáinz de Indo. En los tres casos se llega a un final similar: la fractura de las tres experiencias en el panorama general de la crisis de 1866 y años posteriores”. En suma, el sector inmobiliario se caracteriza por “la especulación desorganizada, ...actitudes rentísticas y...

La reforma interior de la ciudad, en tanto, será abordada —tras el fallido proyecto de POSADA— por la Ley de Expropiación Forzosa de 1879, que legitima las expropiaciones motivadas por la reforma de grandes poblaciones e incluye en el caso de las vías las zonas laterales hasta un fondo de 20 m. Permite, además, la ejecución de estas obras por vía concesional (BASSOLS C., 1973:341-348). Recién a fines de siglo se adoptará un estatuto específico en esta materia, la Ley de Saneamiento y Mejora Interior de las Grandes Poblaciones de 18 de Marzo de 1895, que incrementa a 50 m el fondo expropiable. Según PAREJO A. aquella “inaugura el llamado urbanismo sanitario” insistiendo en la fórmula concesional que refleja la consideración del urbanismo como servicio público. En efecto, esta Ley:

“...consolida... la calificación de la acción urbanística que constituye su objeto como servicio público. La conceptualización de ésta, además, como actividad de contenido económico y, por tanto, susceptible de explotación de este carácter, impone la fórmula de la gestión indirecta concesional (incluso para su atribución al Municipio, dado el signo centralizador de la norma legal). El concesionario resulta así un agente investido de una función pública, dotado incluso de la facultad de expropiación (con la correspondiente obligación de correr con las correspondientes indemnizaciones), correspondiéndole la ejecución de las obras precisas a cambio del resarcimiento de los gastos con cargo a la venta de los solares y, en su caso, edificaciones resultantes, es decir, sujeto a un verdadero estatuto de «urbanizador»” (PAREJO A. et al., 1998:375).

Con todo, BASSOLS advierte que la Ley de 1895 es bastante tímida en sus alcances; más que un sistema integral parece un simple ajuste de la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 en el ámbito de las expropiaciones urbanas. A diferencia del caso inglés, donde la reforma interior está íntimamente ligada con los problemas higiénicos de la vivienda obrera, en España —y salvo ciertos casos puntuales—:

“...la reforma, mejora y saneamiento de las poblaciones fueron concebidas exclusivamente como operaciones estrictamente urbanísticas desde el punto de vista técnico, agotando su finalidad con la corrección de algunas disfunciones urbanísticas, pero sin perseguir de una manera directa y concreta un fin de interés social —servir de base para construir nuevas viviendas para las clases obreras—, ni siquiera para combatir frontalmente un estado sanitario deficiente” (BASSOLS C., 1973:362-363).

De hecho, las grandes obras de reforma interior en las ciudades españolas se efectuarán en el siglo XX, apoyadas en la Ley de 1895 (así ocurrirá con la apertura de la Gran Vía madrileña —planeada a fines del siglo XIX y terminada tras la

la casi inexistencia de un entramado empresarial que dinamice el mercado” (BAHAMONDE M., 1992:380-381).

guerra civil— o la Vía Layetana de Barcelona —concluida en 1958, en el marco de un proyecto más ambicioso que se abandonó—, PUYOL *et. al.*, 1992:442).

b) Cerdá y Barcelona

Conviene detenerse en el Plan de Ensanche de Barcelona de 1859 dado que las visionarias concepciones de su autor, Ildefonso CERDÁ (que también elaboró un plan de reforma interior que no sería aprobado), constituyen un hito en el urbanismo moderno. La expansión de la ciudad —respuesta a la “mezquindad de nuestras insalubres habitaciones excesivamente caras por añadidura” y a la “reducida área en que Barcelona se encuentra concentrada”— (CERDÁ, 1861:6) se desarrolla a través de una cuadrícula susceptible de nuevas ampliaciones que permiten un creciendo prácticamente indefinido, evitando con ello el potencial monopolio de los dueños del suelo:

“...limitar bajo cualquier concepto la superficie que se puede edificar, equivale á conceder o los terrenos favorecidos el privilegio de multiplicar su valor segun les parezca á sus dueños, es querer aumentar de una manera fabulosa el valor de la propiedad territorial a expensas de todos los demas ramos de la riqueza publica; es perpetuar el precio elevado de los alquileres en beneficio del fisco, es enriquecer a los propietarios de los terrenos por medio del abuso del monopolio protegido por la ley y á expensas de la salud, la vida y el dinero de los habitantes de las ciudades; es querer disminuir imprudentemente el número de propietarios de fincas urbanas elevando execivamente el precio de estas de una manera inaberbable a las pequeñas fortunas. Finalmente, limitar el espacio para la edificacion dejando á los propietarios el derecho de aumentar el precio de sus terrenos es, a los ojos de la humanidad y de la justicia, lo mismo que si se impusiera á una industria cualquiera la obligacion indispensable de servirse de un numero determinado de obreros dejandoles el privilegio de exigir el jornal que quisieran. Esto seria matar la industria, aquello es atentar contra la humanidad. La hijiene, la moral y la justicia rechazan de continuo esa abusiva libertad de construir y explotar la habitacion de la familia. Semejante libertad solo puede subsistir cuando no se pongan límites al desarrollo de las poblaciones. Pero subsistiendo estos si la administracion quiere ser justa antes de determinarlos debe procurar con arreglo á ellos la tasa en el precio de los terrenos y de los alquileres. Cuestion dificil de resolver y que por sus inconvenientes hace preferible obter por la no limitacion de las poblaciones...” [sic] (CERDÁ, 1991b:407§1461).

Aunque el Plan sólo se materializó parcialmente ha sido vivamente elogiado por diversos autores en atención a sus evidentes cualidades técnicas (p. ej., ROSSI,

1999:252, SICA, 1981:366 y CHOAY, 1980:285-311)⁵⁷. Entre sus méritos pueden mencionarse:

- i) La tipología de manzana abierta, que sólo permitía construir en cada manzana dos bloques de 20 a 24 m de profundidad y 16 m de altura – contemplando distintas distribuciones- para “rurizar” la ciudad ⁵⁸ (anticipando de algún modo la *ciudad jardin*, que ya veremos). La presión de los intereses inmobiliarios, sin embargo, llevaría a tolerar la construcción en manzana cerrada, operación ciertamente más rentable –y coherente con la tradición urbana mediterránea- que se vería legitimada por sucesivas modificaciones de la Ordenanza⁵⁹.
- ii) La dotación de equipamientos, que con su número y distribución pretendían garantizar que las manzanas del ensanche tuvieran un acceso igualitario a todos los servicios, pero que sólo se ejecutarían parcialmente⁶⁰. ESTAPÉ calcula que las alteraciones harían que de los 13.000 m² de edificación previstos por CERDÁ se pasaría a edificar 97.000 m², vale decir, “más de siete veces más” (ESTAPÉ, 2001:335).
- iii) Las anchas avenidas y las esquinas achaflanadas para mejorar la circulación, aspectos que persistieron y hoy son señas de identidad de esta ciudad.

⁵⁷ ROSSI lo califica de “...extremadamente avanzado desde el punto de vista técnico y que respondía completamente a las transformaciones económicas que apremiaban a la capital catalana”, no ejecutándose “...donde sus visiones técnicas eran demasiado avanzadas respecto de sus tiempos y allí donde las soluciones que proporcionaba requerían un grado de evolución urbana muy superior al existente en aquella época” (ROSSI, 1999:252). SICA es más duro y estima, derechamente, que la urbanización posterior a 1860 traiciona el espíritu del Plan Cerdá: “En esta realización fragmentaria y poco coherente... pesan, naturalmente, los intereses inmobiliarios, la situación del mercado urbano y las tendencias de aglomeración espontánea” (SICA, 1981:366).

⁵⁸ Precisamente la *Teoría General de la Urbanización* tiene un epígrafe en su portada que reza: “Rurizad lo urbano; urbanizad lo rural: ... *Replete terram*”. GARCÍA-BELLIDO advierte que anteriormente CERDÁ planteaba “...ruricemos las ciudades así como vamos urbanizando las campiñas”; y que, como “la tendencia es urbanizar la campiña, la administración debe proceder a *rurizar* las ciudades” (CERDÁ, 1991a:203-204§144 y §338, nota 1; GARCÍA-BELLIDO G., 2000, nota 3).

⁵⁹ En el momento más permisivo se admitió una ocupación del 73,6% de la manzana hasta una altura de 24,4 m., y la construcción del patio interior hasta la altura de 5,5 m. Posteriormente se volvería atrás, pero la mayoría de las manzanas se edificaron bajo esos parámetros (BUSQUETS, 1992:272-276).

⁶⁰ “Cerdá dibuja una ciudad en la que estés donde estés, a 1.500 m. máximo, dispones de un parque público; a un kilómetro, de un Hospital público; y, a orillas del río Besós, algo que él consideraba fundamental: toda una zona, a ambos lados del cauce, de tres kilómetros de largo y uno y medio de ancho en total, transformada en un gran parque, de dimensiones superiores al Bois de Bologne. Y, claro, no se hizo: los ayuntamientos sucesivos fueron amputándoles metros y metros y cercenándolo” (ESTAPÉ, 2001:334-335).

Por sobre la autoría de este ensanche concreto CERDÁ destaca por su aporte teórico. Este se encuentra recogido especialmente en su voluminosa *Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona*, de 1859. Allí pone los cimientos de lo que estimaba debía ser una nueva ciencia, la “urbanización” (esta palabra es de su autoría)⁶¹, para lo que revisa su evolución histórica, la situación de las ciudades de su época —distinguiendo comarca, suburbios y núcleo urbano— y la incidencia que en ello habían tenido los medios de transporte⁶². Estudiará también el financiamiento de las costosas reformas urbanas —anticipaba que la locomoción mecánica haría inevitable su incremento⁶³— en el notable *Pensamiento económico del Proyecto del Ensanche de Barcelona*, de 1860 (CERDÁ, 1991b:459-471)⁶⁴, que contiene avanzados planteamientos relativos al financiamiento del desarrollo urbano y el tratamiento

⁶¹ Aunque GARCÍA-BELLIDO G. admite que en Francia el término *urbanisme* aparece recogido en un diccionario de 1845 (GARCÍA-BELLIDO G., 1994:1123) sitúa el origen de la palabra «urbanización» en un manuscrito de 1860, descubierto recién en 1985: “La palabra *urbanización* no está en ningún diccionario, y sin embargo nosotros nos vemos en la necesidad de usarla para espresar una idea á la cual no encontramos otra palabra que mejor se adapte. Reducir un terreno a las condiciones de ciudad, *urbs*, es decir, convertir en ciudad lo que no lo era, no puede espresarse de otro modo más a propósito que con el verbo *urbanizar*, que materialmente, según la índole de nuestra lengua significa «hacer urbano», es decir, propio de la ciudad lo que no lo era...” [sic] (CERDÁ, 1991a:203-204, nota al pie; GARCÍA-BELLIDO G., 1994:1108-1109). Una formulación más desarrollada en CERDÁ, 1968a:27-33, publicada originalmente en 1867. En ella se define urbanización como lo que actualmente llamamos *urbanismo*: “un conjunto de conocimientos, principios, doctrinas y reglas, encaminados á enseñar de que manera debe estar ordenado todo agrupamiento de edificios, á fin de que responda á su objeto, que se reduce á que sus moradores puedan vivir cómodamente y puedan prestarse recíprocos servicios, contribuyendo así al común bienestar” [sic] (CERDÁ, 1968a:31). El vocablo urbanización fue rápidamente adoptado en el vocabulario español e incluso en otros idiomas, como puede verse en GARCÍA-BELLIDO G., 1994 (con amplia nota bibliográfica en p. 1133-1137).

⁶² CERDÁ analiza la formación de las ciudades desde la óptica del medio de locomoción predominante, que sería clave para determinar las necesidades de cada época. Revisa así la locomoción pedestre, la ecuestre, la rastrera, la rodada y mecánica (o rodada perfeccionada): “Cada uno de estos géneros de locomoción, ha predominado en una época mas ó menos prolongada, y durante su predominio ha debido tener y ha tenido en la urbe medios de funcionamiento ó vías adecuadas a su naturaleza particular” [sic] (CERDÁ, 1968a:685 y, más ampliamente 681-815).

⁶³ Aunque CERDÁ se refiere sólo a los ferrocarriles intuye la difusión de la locomoción mecánica y la necesidad de vías anchas para este propósito, en una magnífica preparación para los automóviles del siglo XX: “...aun hoy, cuando cabe decir que el nuevo sistema esta en sus principios [los ferrocarriles], tal vez no se encontraria un solo hombre urbano que no quisiese ver la locomotora funcionando por el interior de las urbes, por todas las calles, por enfrente de su casa, para tenerla constantemente a su disposición” [sic] (CERDÁ, 1968a:810).

⁶⁴ Véase especialmente las p. 462 (§27 y 28) y 470 (§94, 96 y 98). También BASSOLS C., 1999:189-208.

de las plusvalías que, desafortunadamente, tardarán mucho en ser recogidos por el legislador tras el fracaso del proyecto de Posada Herrera, en 1861 (así, por ejemplo, el costeamiento y cesión de las obras de urbanización y los espacios públicos por el urbanizador o la expropiación de zonas laterales en la apertura de nuevas vías interiores, esto último siguiendo la experiencia haussmanniana). A ello añadirá su preocupación por el análisis empírico de la realidad social, que documenta una completa estadística de la ciudad condal ⁶⁵. Para GARCÍA-BELLIDO la “más trascendental aportación a la Urbanística moderna” de CERDÁ es:

«...la integración metodológica en el urbanismo... del Derecho público y la Economía inseparablemente entrelazadas (en lo que él llamaría las “bases legal, económica, administrativa y política”), como disciplinas condicionantes y estructuradoras del diseño físico-espacial que artísticamente suele dibujar el facultativo con el proyecto o plan...; configurando así la moderna tríada del urbanismo aplicado u operativo basado en la Geometría-Derecho público-Economía urbana» (GARCÍA-BELLIDO G., 2000:§11 y §27).

Por desgracia, la obra cerdiana alcanzó menos difusión de la merecida entre sus contemporáneos, especialmente fuera de España, reivindicándose recién en el curso del siglo XX (p. ej. GRAVAGNUOLO, 1998:57-60 o ROSSI, 1999:252-254)⁶⁶. CHOAY la califica como una obra excepcional que permaneció oculta y, por lo mismo, ejerció menor influencia de la que le correspondía (CHOAY, 1980:285-311).

c) Haussman y París.

Probablemente el caso más emblemático de transformación decimonónica dentro del contexto europeo sea el de París, dirigido por el barón Georges H. HAUSSMANN, entre 1853 y 1870. En palabras de GRAVAGNUOLO representa un punto de inflexión entre la ciudad-servicio y:

“...la moderna idea de metrópoli, entendida como máquina urbana en que la red de infraestructuras (de las calles y los equipamientos) asume una inédita preeminencia jerárquica. La arquitectura queda férreamente subordinada al dominio del trazado

⁶⁵ Se trata de la *Monografía estadística de la clase obrera de Barcelona, en 1856*, reeditada como segundo tomo de la *Teoría general de la urbanización: La urbanización considerada como un hecho concreto: estadística urbana de Barcelona* (CERDÁ, 1968b).

⁶⁶ SÁNCHEZ DE MADARIAGA cree que ello puede deberse a la dificultad de traducir un libro tan extenso (1530 páginas en dos tomos) y a la subvaloración de CERDÁ en Cataluña debido a que su proyecto fue aprobado por el nivel central en contra de los deseos del Ayuntamiento de Barcelona (SÁNCHEZ DE MADARIAGA, 1999:140). También se ha justificado este silencio en el ascenso de las corrientes conservadoras y modernistas tras la muerte de CERDÁ, pues ambas veían su obra con poca simpatía (MAGRINYÁ T., 1999:95-117).

viario; los propios monumentos del pasado, elegidos como puntos focales de las perspectivas, quedan reducidos, a fin de cuentas, al carácter de aislados *objets trouvés*, reciclados como signos visuales en un paisaje metropolitano radicalmente renovado” (GRAVAGNUOLO, 1998:39-40).

La apertura de una serie de anchas avenidas que crean nuevas perspectivas y facilitan la circulación (como la Rue Rivoli, el boulevard Saint Germain, la rue Sebastopol o la Avenida de la Ópera), unida a la ejecución de notables edificios, generan “una nueva *metrópoli* dentro de la ciudad existente”, potenciando el carácter céntrico del núcleo histórico —que profundamente intervenido, verá la destrucción de parte de los escenarios del pasado— con una doble dinámica:

“...una tendencia centrípeta para los equipamientos ‘civiles’, terciarios y administrativos, y una paralela tendencia centrífuga para los equipamientos molestos (cementeros, cárceles, manicomios, mataderos, etc.) y para las estructuras molestas y la residencia obrera” (GRAVAGNUOLO, 1998:40; lo último merecerá la repulsa de ENGELS⁶⁷).

Tan importante como el resultado en términos de diseño urbano es el financiamiento de esta renovación, pues ella se logra potenciando “la renta del suelo como mecanismo de la expansión urbana y ciclo generador de la riqueza autoinducida”, anticipando “la dinámica virtualmente ilimitada de la expansión metropolitana”(GRAVAGNUOLO, 1998:41). Ello es posible por la ampliación del marco jurídico preexistente, esto es, las leyes expropiatorias de 7 de julio de 1833 y 3 de mayo de 1841, insuficientes para un proceso de transformación urbana a gran escala pues:

- Sólo habilitaban a la Administración para expropiar los terrenos estrictamente necesarios para el trazado de nuevas vías urbanas y
- Exigían a los propietarios que enfrentaban tales vías edificar una nueva fachada o un nuevo edificio, según el caso, generándose viviendas de escasa profundidad que agravaban el problema habitacional.

A partir de 1851 Luis Napoleón Bonaparte prescindirá de la Asamblea Legislativa en la definición de los trabajos urbanísticos de París, dictando luego el Decreto de

⁶⁷ En su *Contribución al problema de la vivienda*, de 1873, señala que “la burguesía no conoce más que un método para resolver a su manera la cuestión de la vivienda, es decir, para resolverla de tal suerte que la solución cree siempre de nuevo el problema. Este método se llama *Haussmann*”, agregando luego “El resultado es en todas partes el mismo, cualquiera que sea el motivo invocado: las callejuelas y los callejones sin salida más escandalosos desaparecen y la burguesía se glorifica con un resultado tan grandioso; pero.... callejuelas y callejones sin salida reaparecen prontamente en otra parte, y muy a menudo en lugares muy próximos”. Citamos según la versión disponible en <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/vivienda/5.htm>, correspondiente al inicio del capítulo III de la 2ª parte.

26 de marzo de 1852 que abre la puerta a una amplia potestad expropiatoria que incluye las zonas laterales a las nuevas vías. Este magnífico instrumento permitirá capturar parte de las plusvalías generadas por estas obras públicas, al pasar a propiedad municipal buena parte de las zonas revalorizadas por aquéllas para luego enajenarse y amortizar los gastos efectuados.

Los expropiados, empero, no permanecerán impávidos y recurrirán al Consejo de Estado que terminará, en sentencia del 21.12.1856, por declarar ilegal este proceder limitando las potestades municipales a la pura adquisición de las parcelas que no resultasen suficientes para edificar edificios salubres. Las demás porciones — precisamente las que capitalizan las plusvalías— quedarían en manos de los propietarios originales (LORA-TAMAYO V., 2002:56 y 76 y, más ampliamente, p. 41-102)⁶⁸. BENEVOLO es particularmente crítico con este giro jurisprudencial y sus consecuencias pues:

“...produce un desequilibrio entre las cuentas de la Administración y las de la propiedad inmobiliaria —la propiedad obtiene una ganancia añadida, a la que corresponde un déficit por parte de la Administración— y en consecuencia se altera el ambiente ciudadano: se construye más de lo necesario y con una densidad mayor, con objeto de que aumenten los precios de los terrenos; los servicios públicos quedan atrás y apenas pueden competir con la iniciativa privada; se cultivan las diferencias de valor, que alimentan la renta, y se agravan los contrastes ambientales entre las distintas zonas urbanas” (BENEVOLO, 1993:184).

La reforma de la ciudad terminará por financiarse vía empréstitos de largo plazo a pagar con las rentas que generen las mismas obras, pues incrementarán la población y la renta media de la ciudad (“París pasa de 20 a 200 millones de francos al año”, según BENEVOLO, 1993:181), si bien este sistema lleva a que las obras urbanísticas terminen dependiendo de la curva de los precios del suelo.

Con sus luces y sombras el París Haussmanniano será el referente de las transformaciones que deberán afrontar otras ciudades europeas (no en vano se ha hablado de la “emulación haussmanniana”), cada cual presionada por su propia expansión decimonónica⁶⁹.

⁶⁸ En sus memorias HAUSSMANN dice que esta decisión “otorgaba a los propietarios el derecho de conservar los terrenos no destinados a solar público, una vez que la ciudad había pagado todo el coste de las construcciones que en ellos se levantaban y las indemnizaciones por el desalojo de los inquilinos que las ocupaban. De este modo se aseguraba al expropiado, gratuitamente, el beneficio de la plusvalía obtenida por el terreno gracias a la actuación de la ciudad, mientras que la ciudad se veía privada de la oportunidad de resarcirse, en cierto modo, de los gastos efectuados”, citado en BENEVOLO, 1993:181.

⁶⁹ Sobre la emulación haussmanniana en Europa puede verse GRAVAGNUOLO, 1998:46-50. Una visión crítica de estos procesos en SÁNCHEZ DE JUAN, 2000.

Resultan evidentes los profundos cambios que la Revolución Industrial introduce en el sistema urbano europeo. Sin embargo, DE VRIES advierte que éste no constituye un sistema nuevo sino que, por el contrario, se inserta en el ya existente pues la “creación de la jerarquía urbana de la Europa contemporánea, [quedó] dibujada ya a principios del siglo XVIII, para dar una fecha tardía” y es que “la urbanización europea tiene un pasado más extenso de lo que a menudo se piensa” (DE VRIES, 1987:328-329).

2.3. Las respuestas del siglo XX

2.3.1. Las nuevas teorías urbanísticas: la ciudad jardín y el funcionalismo

A fines del siglo XIX e inicios del XX se elaboran nuevas teorías acerca de la mejor forma de ordenar y canalizar el crecimiento urbano. Las más importantes son la ciudad jardín, de EBENEZER HOWARD, y el funcionalismo, cuyo exponente más representativo es LE CORBUSIER⁷⁰ con su *Ville Radieuse*. Para CHOAY la primera es una visión *culturalista* —nostálgica de la idea de comunidad, afín a los principios democráticos y centrada en las necesidades espirituales— y la segunda, *progresista* —fundada en la técnica e ideas racionalistas que lindan en lo autoritario, para responder sobre todo a las necesidades materiales—. También merece ser mencionada la ciudad lineal, de ARTURO SORIA Y MATA⁷¹.

a) El movimiento de las ciudades jardín. La ciudad lineal.

La ciudad jardín pretende reconciliar las ventajas de la vida urbana y rural⁷². HOWARD la describe como “un núcleo planeado para la producción y para la vida

⁷⁰ Seudónimo adoptado en 1920 por el arquitecto suizo Charles-Edouard Jeanneret.

⁷¹ CHOAY agrupa las tendencias fundamentales respecto del fenómeno urbano en tres visiones, presente tanto en lo que llama preurbanismo como en el urbanismo propiamente tal. Se trata de las visiones *culturalista*, *progresista* y *naturalista*. Al preurbanismo corresponden una serie de movimientos del siglo XIX (CHOAY, 1983:19-33): culturalistas son autores como William Morris o John Ruskin; progresistas, los socialistas utópicos que hemos visto; y naturalistas, autores con tendencias antiurbanas de los Estados Unidos de Norteamérica. En el urbanismo (p. 40-59), que corresponde a tendencias del siglo XX, las visiones culturalista y progresista corresponden a los movimientos indicados arriba (ciudades jardín y funcionalismo, respectivamente), en tanto que el naturalismo está representado por la ciudad viviente de FRANK LLOYD WRIGHT, que veremos al referirnos al modelo estadounidense (cfr. *infra* nota **¡Error! Marcador no definido.**, CHOAY, 1983:95).

⁷² HOWARD la grafica con una figura de tres imanes que atraen a la población: uno el campo, otro a ciudad y el tercero a la combinación campo-ciudad, siendo este último el superior. Su propósito es “...demostrar que en «campo-ciudad» pueden disfrutarse de

saludable, de un tamaño que haga posible la plenitud de la vida social, pero no mayor, rodeada de un cinturón permanente de espacio rural, siendo todos los terrenos de propiedad común poseídos en comunidad por los ciudadanos”, constituyendo así “un agrupamiento urbano compacto y rigurosamente limitado” (PUYOL *et al.*, 1992:436-437) y no un suburbio. Su extensión alcanzaría a 1.000 acres (404,7 hectáreas), componiéndose de una primera corona residencial y luego de polígonos industriales, rodeando todo un cinturón verde de 5.000 acres (2.023,5 hectáreas) para impedir la expansión urbana. Se trata de asentamientos con baja densidad, pues la población estable corresponde a no más de 30.000 habitantes en la corona central en 5.500 viviendas (lo que equivale a 13,6 viviendas —o 74 habitantes— por hectárea) y 2000 en el cinturón agrícola. Además de estas características de diseño el proyecto abordaba el problema de la especulación ocupando suelos agrícolas (espacios “rurales escasamente poblados”), con lo que la plusvalía que generaba su transformación en suelo urbanizable y urbano era captada directamente por la comunidad. Para lograrlo, la propiedad que se adquiere para fundar la ciudad “está a nombre de unos garantes, quienes (después del pago de los derechos) la administran en beneficio de la comunidad, de manera que el incremento de valor que gradualmente se crea pasa a propiedad de la comunidad” (HOWARD, 1971:143). Esos recursos permiten ejecutar obras públicas y prestar servicios públicos. Además, como el suelo es de titularidad común —en este sentido la ciudad funciona como una suerte de cooperativa— las obras públicas no requieren emprender onerosas expropiaciones. Bajo el impulso directo de HOWARD se fundarán las ciudades jardín de Letchworth (proyectada por Barry Parker y Raymond Unwin e iniciada en 1904) y Welwyn (proyectada por Louis de Soissons e iniciada en 1920), que debieron modificar en parte las orientaciones howardianas y sólo tuvieron un éxito parcial (GRAVAGNUOLO, 1998:78-82, PUYOL *et al.*, 1992:436-437 y CHOAY, 1983:53-59)⁷³. Producto de ello se empieza a depurar esta teoría que influirá en la reforma de la *Housing and Town Planning Act* de 1909⁷⁴

posibilidades de interrelación iguales, por no decir mejores, que las que disfrutaban las grandes ciudades, y que, al mismo tiempo, las cosas bellas de la naturaleza pueden acompañar y rodear a todos los habitantes” (HOWARD, 1971:136). Puede verse el diagrama característico de la ciudad jardín de Howard en la p. 134.

⁷³ Letchworth “se muestra como un empobrecimiento del esquema idealizado por Howard” y parece “una pequeña y somnolienta ciudad de provincias... todavía en los primeros años setenta el 54% de la superficie permanecía sin edificar” (GRAVAGNUOLO, 1998:118-119). Welwyn, en tanto, se transforma más bien en un suburbio-satélite que recién en 1946 —cuando se incluyó en el programa de las New-Towns— alcanzaría 19.000 habitantes, cifra desalentadora considerando que se diseñó para 50.000 (GRAVAGNUOLO, 1998:158).

⁷⁴ Nos referimos a la *Town and Country Planning Act* de 1932 y la *Green Belt Act* de 1938 (GRAVAGNUOLO, 1998:161).

dando paso al movimiento de las ciudades nuevas o *new towns*, con las que se persigue descongestionar Londres en el marco de las ideas del planeamiento regional. Patrick ABERCROMBIE adoptará esta idea en el Plan de Londres de 1944, que con sus anillos concéntricos y cinturones verdes pretendía dirigir la descongestión de esta capital. En 1946 se dicta la *New Town Act* y en 1947, la *Town and Country Planning Act*, que transfería al Estado el derecho a edificar y gravaba íntegramente la plusvalía provocada por los planes urbanísticos, medida derogada por el siguiente Gobierno⁷⁵. Entre 1946 y 1950 se construyen 14 ciudades bajo este marco, con baja densidad residencial y una zonificación rígida. Desde 1951 se incrementará la densidad para hacer de estas ciudades núcleos compactos, flexibilizando la zonificación. En la década de los 60, por último, se estrecharía la vinculación entre las nuevas ciudades que se fundaban y los centros ya existentes, terminando las primeras por ser ciudades dormitorio o simples añadidos de las segundas (PUYOL *et al.*, 1992:438 y, con más profundidad, GRAVAGNUOLO, 1998:162-169).

La ciudad jardín no sólo se implementó en Inglaterra. Su atractiva formulación tuvo seguidores en numerosos países, si bien con muchas modificaciones respecto del planteamiento original de HOWARD⁷⁶. Uno de sus seguidores en España —con poca fortuna— será el catalán Cipriano de Montolíu. Más tarde el Instituto de Reformas Sociales, a través del Servicio Especial de Casa Baratas, difundirá estas ideas recogiendo en el Reglamento de Casas Baratas de 8 de julio de 1923 (bajo la denominación de “ciudades satélite”, BASSOLS C., 1973:422-423). No podemos entrar en el detalle de estas experiencias pero, puede decirse que si bien la idea de ciudad-jardín servirá,

“...en los diversos países, de estrella polar en las rutas de pensamiento que persiguen una proyectación urbana innovadora... pierde bien pronto los requisitos de fidelidad al modelo howardiano para convertirse en una referencia más bien amplia al principio de una equilibrada programación de núcleos suburbanos y de pequeñas ciudades-satélites ricas en espacios verdes y en equipamientos colectivos... dando lugar a un movimiento que, si no puede considerarse estrictamente unitario, desempeña en cualquier caso el papel de *trait d'union* entre diversas experiencias contemporáneas” (GRAVAGNUOLO, 1998:125).

⁷⁵ Sobre la situación inglesa puede verse ORTEGA A., 1976:513-530 y 1977:459-478. [ver **García Bellido, 1975**]

⁷⁶ Una visión de su desarrollo en Francia, Hungría, Polonia y Escocia en HAUMON, 1999. Un panorama general de la influencia europea en GRAVAGNUOLO, 1998:125-130, que luego revisa más en detalle los casos de Alemania (p. 130-146), Austria (146-150), Italia (p. 153-157), Francia (p. 169-171) y los países escandinavos (p. 171-176). Igualmente puede consultarse CAPEL, 2002:359-366.

Sin ser excesivos podemos ver aquí el germen teórico de la ciudad difusa que se extiende en suburbios de baja densidad, pero que se aparta claramente del modelo de HOWARD, pues éste proyecta ciudades autocontenidas y no urbanizaciones que van fragmentando el territorio urbano con su dispersión aleatoria.

A comienzos de siglo existe un aporte urbanístico español que persigue propósitos semejantes a la ciudad-jardín, pero que presenta rasgos originales. Se trata de la denominada ciudad-lineal, ideada hacia 1882 por el ingeniero español Arturo SORIA Y MATA. Consiste en una amplia vía de circulación para el transporte y los servicios alrededor de la cual se ubican las viviendas, todas dando frente a las vías, con lo que se genera una especie de franja urbanizada en contacto directo con los espacios rurales. El propio Soria realizó un ensayo en Madrid, fundando para ello en 1894 la Compañía Madrileña de Urbanización, quedando éste incompleto⁷⁷. Tuvo, sin embargo, más fortuna en otras latitudes como Rusia, donde se consideró que podía servir de instrumento para superar la contradicción ciudad-campo planteada por MARX y ENGELS. Así se recogió, por ejemplo, en los planos de Stalingrado y Magnitogorsk⁷⁸. Una muestra de su difusión a nivel mundial es que, incluso, llegase a tener seguidores en Chile⁷⁹.

b) El funcionalismo.

Veamos ahora la concepción funcionalista. Se trata de una corriente que se guía por principios de racionalidad y aplica las tecnologías de producción industrial en serie, abstrayéndose de las peculiaridades históricas y culturales. Para

⁷⁷ Sobre la frustración del proyecto de ciudad lineal para Madrid puede verse DE TERÁN, 1982:73-83.

⁷⁸ Acerca de la difusión de la de ciudad lineal en Francia y Rusia pueden verse GRAVAGNUOLO, 1998:76-78 y AYMUNINO, 1971:65-68. Un ejemplo de la influencia en Rusia en MILJUTIN, 1971:287-329. AYMUNINO pone de relieve que el anunciado fin de las grandes ciudades en los países socialistas nunca se produjo. Por el contrario, su necesidad fue evidente en un marco de planificación e intervención pública que buscaba una equilibrada distribución de la población en el territorio soviético, lo que suponía contener el gigantismo urbano y tender a ciudades homogéneas y no segregadas (AYMUNINO, 1971:60-73). Incluso en 1934 Stalin defendió la idea de ciudad compacta y atacó la ciudad lineal al afirmar que: "La historia nos demuestra que en los grandes centros industriales el tipo de ciudad más ventajoso económicamente es aquél que ofrece un ahorro en las operaciones de canalización, de conducción de aguas, de iluminación, de calefacción, etc. Por ello se equivocan quienes proponen que la ciudad se extienda sobre una longitud de 70-100 km, esto es, transformarla en un verdadero campo pero dejándole todas las ventajas de los servicios urbanos y de la vida cultural en una ciudad" (citado en GRAVAGNUOLO, 1998:279).

⁷⁹ **RECORDAR REMISION.**

GRAVAGNUOLO el ideario funcionalista hace tabla rasa de la tradición y esencialmente persigue:

“...racionalizar las tipologías edilicias, *separar* las manzanas residenciales de la red viaria, *enfaticar la higiene* de los bloques de viviendas lineales disponiéndoles ordenadamente sobre un prado verde a distancias óptimas a lo largo de ejes heliotérmicos, y, sobre todo, *distinguir* la red del tráfico de vehículos de la de los recorridos peatonales, las zonas de negocios de las de vivienda, las neutras infraestructuras técnicas de los valores del habitar” (GRAVAGNUOLO, 1998:336).

Esto último hará que la zonificación o calificación del suelo (con antecedentes directos en GARNIER⁸⁰) sea clave, pues permite una organización racional que abarate los costes de localización de la vivienda, cuyo déficit sigue siendo acuciante. En igual sentido se aspirará a fabricarlas en serie, originándose una serie de estudios y ensayos sobre tipologías edilicias, especialmente en la Alemania socialdemócrata de la República de Weimar⁸¹.

LE CORBUSIER propondrá una ciudad con rascacielos suspendidos sobre pilotes que permiten obtener densidades muy elevadas (de entre 8.000 y 1.200 habitantes por hectárea, en 60 plantas)⁸² ocupando una superficie mínima que deja amplios espacios libres para áreas verdes y circulación (“gracias a los pilotes... el suelo natural permanece, y la poesía queda intacta”, LE CORBUSIER, 1999:68), a la manera

⁸⁰ Quien también elabora una propuesta de ciudad (GARNIER, 1971:217-240) y “ha sido reconocido desde diversos sectores como un precursor del urbanismo «moderno», aunque sería mejor definirlo como el abanderado de una visión «funcionalista» de la ciudad que encuentra en la idea de *zonificación* un presupuesto determinante” (GRAVAGNUOLO, 1998:341). Destaca su opción por romper la idea de la ciudad compacta dejando “un margen de crecimiento relativamente autónomo a las diversas partes” en que segmenta la ciudad (*Ibid.*, 1998:343).

⁸¹ En esta última se ejecutarán grandes conjuntos residenciales denominados *Siedlungen*, en los que algunos han visto una mediación entre las teorías de la ciudad jardín y la *ville radieuse* (ROSSI, 1999:150). El balance de la edificación residencial durante este periodo en Berlín es notable, tanto cuantitativa como cualitativamente: “De las alrededor de 150.000 nuevas viviendas construidas en esta fase, el consistente porcentaje de un 90% está representado por la construcción pública, y aproximadamente un 20% de la misma es obra de arquitectos culturalmente calificados” (GRAVAGNUOLO, 1998:377 y, más extensamente, p. 365-377).

⁸² Por la misma época, y conociendo esta propuesta, Hilberseimer planteará una “ciudad vertical” compuesta de altos edificios zonificados verticalmente: en el nivel del suelo, los negocios y el tráfico de vehículos motorizados; en los niveles superiores, las residencias y el tráfico peatonal; y en el subsuelo, el metro y el ferrocarril. Hilberseimer criticó la propuesta de Le Corbusier por falta de organicidad, pero GRAVAGNUOLO destaca que al aplicar su teoría a un proyecto demostrativo para Berlín termina diseñando una ciudad algebraica, sustituyendo casi todo el centro urbano por edificios enormes, en un camino del todo semejante al que antes criticara (GRAVAGNUOLO, 1998:358-362).

de una “ciudad-jardín vertical”⁸³ donde desaparece la contigüidad entre los edificios y la calle tradicional. Los edificios cuentan en su interior con servicios comunes y galerías interiores para circular. Este modelo persigue descongestionar las ciudades existentes emprendiendo una monumental reforma en su interior que impida la dispersión urbana, y se presenta como una fórmula racional y abstracta que puede ser implementada en cualquier punto del globo. De hecho, LE CORBUSIER la propondrá para reformar ciudades tan diversas como París, Argel, Moscú. Caracas, Bogotá, Río de Janeiro o Buenos Aires⁸⁴.

Los proyectos⁸⁵ de la *Ville Contemporaine*, de 1923, y la *Ville Radieuse*, de 1930, ejemplifican este intento que armoniza ciudad y naturaleza sin consumir grandes superficies, como ocurría con el modelo horwardiano o las ciudades satélites (ambos criticados profusamente por LE CORBUSIER)⁸⁶. Por otro lado, este proceso de reformas suponía adoptar medidas legales para luchar contra la especulación:

“¡Yugular la especulación! / Hay otra necesidad que se revela igualmente imperiosa: que la ley yugule, a través de todas las medidas apropiadas, la especulación inmobiliaria, a lo menos en los terrenos cuyo empleo, después de estudio, parecería esencial para el juego normal de las ciudades y demás comunidades naturales. / No será para vejar al individuo ni para oponerse a unas libertades justas que los poderes públicos, conscientes de sus deberes respecto al porvenir nacional, decidieran abrir finalmente el camino a ciertas operaciones de apariencia quirúrgica, pero que no serán tales más que por culpa de toda una red de egoísmos, incrustados desde tiempo en la carne del país y alimentándose de ella a la manera de un cáncer” (LE CORBUSIER, 1980:154).

⁸³ “Del movimiento de la ciudad-jardín, la *Unité* hereda, en suma, la ideología antiurbana, aunque se opone a la propuesta de disolución *horizontal* de la densidad habitativa metropolitana ensayando una respuesta diferente, *en vertical*, y utilizando al máximo las innovaciones tecnológicas modernas... Lo que sigue habiendo de común entre ambas utopías es una análoga aspiración a superar los *defectos* de la ciudad compacta, *fragmentado* su desarrollo en una serie de pequeñas comunidades distanciadas entre sí en medio de la vegetación” (GRAVAGNUOLO, 1998:420, cursivas en el original).

⁸⁴ En efecto, “siempre que cumpla sus funciones y sea eficaz, los urbanistas adoptarán el mismo plan de ciudad para Francia, Japón, Estados Unidos o América del Norte”. (CHOAY, 1983:44).

⁸⁵ Sobre ambos véase GRAVAGNUOLO, 1998:355-358 y 392.

⁸⁶ A modo de ejemplo: “Han aparecido unos monstruos, son las ciudades tentaculares, verdadero cáncer de nuestro tiempo” (LE CORBUSIER, 1999:9), añadiendo críticas a la ciudad jardín en p. 163-181. En el mismo sentido pueden verse los diagramas incluidos en LE CORBUSIER, 1980:25,31,33,37,39, etc. En este libro se opone a la creación de ciudades nuevas en los alrededores de París, pues estimaba que la capital “tiene todo el terreno necesario. Hay que volver a entrar, pues, en el interior de esta cuna de la Isla de Francia, equipándola como le corresponde” (LE CORBUSIER, 1980:41). Sólo admitiría la posibilidad de ciudades satélites con ciertas condiciones, como una distancia mínima respecto del centro urbano más cercano de... 300 kilómetros.

Para ello proponía expropiar los terrenos de reforma o expansión urbana antes de realizar cualquier otra operación. Así, por ejemplo, su propuesta de reforma para París consideraba la creación de una ciudad de negocios en el centro urbano. Ello suponía partir por fijar el contorno de esa área para inmovilizar su valor:

“La operación ha de ser precisa... Un decreto anexo limita al día de la promulgación del decreto, el valor de la propiedad fundamental; este valor está, por tanto, inmovilizado... el día del decreto. Será determinado, caso por caso, según opinión de los peritos, después de la promulgación del decreto. / La especulación se detiene de repente en la zona ABCD... ¿Expropiación global? Sea. Pero podrá pagarse un buen precio, ya que el valor del suelo se ha cuadruplicado o decuplicado, *en virtud de los compromisos del decreto*. Los propietarios, *por causa de salubridad pública*, se verán expropiados, pero muy bien indemnizados. El suelo será reagrupado. Los técnicos podrán, a cubierto del chantaje, buscar la solución pura, y los lugares exactos donde deberá ser realizada” (LE CORBUSIER, 1999:210-211, cursivas en el original).

LE CORBUSIER difundirá estas propuestas en múltiples obras a lo largo de media década, en textos que poseen un cierto aire profético y donde el urbanismo es una técnica a la cual debe subordinarse la política; de allí que se encuentre disponible para cualquier gobierno e ideología que esté dispuesto a financiarla⁸⁷. Su influencia será reforzada por su protagonismo en los Congresos Internacionales de Arquitectura Moderna (CIAM), celebrados entre 1928 y 1956, que acogerán los principios funcionalistas⁸⁸ en la llamada Carta de Atenas que él mismo redacta (de hecho, el esquema de la *ville radieuse* late detrás de muchos párrafos como el 28, el

⁸⁷ Esta actitud puede verse en diversos escritos de LE CORBUSIER. A vía ejemplar: a) Cierra uno de sus primeros ensayos, *L'Urbanisme*, con la imagen de Luis XIV, el rey Sol, dirigiendo la construcción de los *Invalides*, como un “Homenaje a un gran planificador de ciudades. Este déspota creó grandes proyectos y los llevo a cabo... Fue capaz de decir... «Este es nuestro deseo»”; b) Dedicar el proyecto de la *Ville Radieuse* a “la autoridad”, en abstracto; o c) En el párrafo 74 de la Carta de Atenas insta a que las autoridades, antes de actuar, aprendan “los principios del urbanismo contemporáneo, elaborados en los medios técnicos cualificados” (GRAVAGNUOLO, 1998:387-388 y 392, CAPEL, 2002:412 y HALL, 1996:218-219). CHOAY apunta que en esta óptica el urbanista es una figura paterna: “poseedor de la verdad... se parecerá a un demiurgo-artista o pretenderá ser la encarnación de la tecnología” (CHOAY, 1983:53).

⁸⁸ Conviene consignar que los primeros Congresos se dedicarán al tema de la vivienda. El segundo (Frankfurt, 1929), concretamente, aborda “La vivienda para el nivel mínimo de vida”. Como dice ROSSI “los arquitectos que... se aventuran en la formulación de tipos constructivos económicos intentan encontrar la forma exacta del *existenzminimum*, de la unidad dimensional óptima desde el punto de vista distributivo y económico”, ob. cit., p. 137. El célebre arquitecto alemán Walter Gropius dirá que trata de la búsqueda de un “*minimum vivendi* y no de un *modus non moriendi*”. Analizadas las diversas tipologías este Congreso acuerda “un estándar mínimo de al menos 40/42 m² de superficie para una vivienda de 4/5 lechos” (GRAVAGNUOLO, 1998:370-371 y 389). Sobre las dificultades del concepto de *existenzminimum* en España puede verse DIEZ-PASTOR, 2003.

29 ó el 82)⁸⁹ y que sistematiza las conclusiones del IV Congreso (1933), publicándose en 1941. Este documento se basa en el análisis de 33 grandes ciudades (predominantemente europeas, párrafo 71), pero se plantea como una declaración de principios de alcance mundial (“todas las ciudades del mundo, antiguas o modernas, revelan las mismas taras, procedentes de idénticas causas”, párrafo 93). Sus 95 párrafos tendrán una honda resonancia en todas las latitudes.

La Carta plantea que el urbanismo debe dimensionar las ciudades conforme a una escala humana, tanto respecto del tiempo como de las distancias (esto es, considerando que los seres humanos viven y se desplazan en ciclos vitales de 24 horas), de manera que satisfagan cuatro funciones humanas fundamentales: “habitar, trabajar, recrearse (en las horas libres), circular”⁹⁰. La zonificación debe estar al servicio de cada una de ellas, dotándolas de los terrenos y locales que necesiten (párrafos 78 y 81). La extensión horizontal de las ciudades se juzga negativa por incrementar las distancias que deben recorrerse en el día, al igual que la existencia de suburbios (“un error urbanístico”, párrafo 20). Por ello se opta por la extensión de las edificaciones en altura (párrafos 79 y 82), concentrando las viviendas en bloques para así contar con servicios comunes, eficientes y adecuados (la Carta denomina a estos conjuntos «unidades de habitación» en el párrafo 88) aprovechando las nuevas tecnologías constructivas (párrafo 90).

El problema de la segregación entre barrios ricos y pobres también es denunciado⁹¹ pero no en la lógica de superar esa contradicción, sino que más bien en la suministrar a los segundos “un cierto grado de bienestar mediante una legislación implacable. Hay que prohibir para siempre, por medio de una estricta

⁸⁹ Cfr. GRAVAGNUOLO, 1998:358-362. La Carta pretende ser “un método y no... un modelo”, pero pese al tono abstracto “sostiene un claro modelo urbano (no declarado porque se da por descontado): la *Ville Radieuse*” (GRAVAGNUOLO, 1998:396).

⁹⁰ Así lo indican los párrafos 76, 87 y 77. Este último afirma que “El urbanismo tiene cuatro funciones principales, que son: en primer lugar, garantizar alojamientos sanos a los hombres, es decir, lugares en los cuales el espacio, el aire puro y el sol, esas tres condiciones esenciales de la naturaleza, estén garantizados con largueza; en segundo lugar, organizar los lugares de trabajo, de modo que éste, en vez de ser una penosa servidumbre, recupere su carácter de actividad humana natural; en tercer lugar, prever las instalaciones necesarias para la buena utilización de las horas libres, haciéndolas benéficas y fecundas; en cuarto lugar, establecer la vinculación entre estas diversas organizaciones mediante una red circulatoria que garantice los intercambios respetando las prerrogativas de cada una”.

⁹¹ Se constata como “los barrios más densos se hallan en las zonas menos favorecidas (vertientes mal orientadas, sectores invadidos por neblinas o gases industriales, accesibles a las inundaciones, etc.)” (párrafo 13) y, en cambio, “las construcciones aireadas (viviendas acomodadas) ocupan las zonas favorecidas, al abrigo de vientos hostiles, con vistas seguras y graciosos desahogos sobre perspectivas paisajistas: lago, mar, montes, etc., y con abundante exposición al sol” (párrafo 14).

reglamentación urbana, que familias enteras se vean privadas de luz, de aire y de espacio”, y esto “fuera de toda cuestión de dinero” (párrafo 15).

Hay en este documento una decidida apuesta por la intervención administrativa. Si las ciudades presentan una imagen caótica es por “el predominio de la iniciativa privada, inspirada por el interés personal y el hambre de la ganancia” (párrafo 72) que se impone sobre “el sentimiento de la responsabilidad administrativa y el de la solidaridad social” (párrafo 73). La inacción pública se debe en buena parte a su escasa cualificación en urbanismo (“es necesario que la autoridad aprenda, y a continuación que actúe”, párrafo 74), de manera que debe capacitarse para luego potenciar su actuación a través de leyes que den predominio al interés colectivo sobre el individual (un “estatuto del suelo”, párrafo 85)⁹². Esto debe reflejarse en el planeamiento urbanístico —extendido al ámbito de la región— que impondrá una rigurosa zonificación para integrar las acciones individuales en un marco predefinido y armonioso (párrafos 83, 84 y 86: “el alma de la ciudad quedará vivificada por la claridad del plan”). Otra manifestación de la primacía del interés general es el rechazo de la especulación. El justiprecio expropiatorio debe depurarse de elementos expectante, sea que se trate de terrenos situados en los núcleos urbanos, la periferia o incluso el ámbito regional (párrafo 94): “El suelo —el territorio del país— debe estar disponible en cualquier momento, y estarlo a su equitativo valor, estimado con anterioridad al estudio de los proyectos” (párrafo 94). Para ello, “la Administración debe apoderarse de la gestión del suelo que rodea a la ciudad antes del nacimiento de los suburbios, al objeto de garantizarle los medios necesarios para un desarrollo armonioso” (párrafo 21).

Los postulados funcionalistas lograron una importante difusión y terminan por ser una de las tendencias más relevante de siglo XX, como testimonian tempranamente el Grupo de Artistas y Técnicos españoles para la Arquitectura Contemporánea (GATEPAC) español (1930) o los brasileños Costa y Niemeyer y sus trabajos en Brasilia (década de de 1950). La reconstrucción europea tras la Segunda Guerra seguirá en buena parte estas tendencias, pero con matices; muchas ciudades recuperarán sus centros históricos con criterios más tradicionales. Las “unidades de

⁹² Esta oposición de plantea al nivel de intereses y no de derechos, de manera de no descalificar la acción privada; derecho individual y derecho colectivo son compatibles: “Abandonado a sí mismo, el hombre pronto queda aplastado por las dificultades de todas clases que ha de superar. Por el contrario, si se somete a demasiadas coerciones colectivas, resulta ahogada su personalidad. El derecho individual y el derecho colectivo deben, pues, sostenerse y reforzarse mutuamente y poner en común todo lo que llevan en sí de infinitamente constructivo. El derecho individual no guarda relación alguna con el vulgar interés privado. Éste, que sacia a una minoría mientras condena al resto de la masa social a una vida mediocre, merece severas restricciones. Debe estar subordinado siempre al interés colectivo, de modo que cada individuo tenga acceso a esos goces fundamentales que son el bienestar del hogar y la belleza de la ciudad” (párrafo 95).

habitación”, esto es, los edificios residenciales montados sobre pilotes, empezarán a emplazarse en numerosos países y el propio LE CORBUSIER intervendrá directamente en cinco de ellos, partiendo por el de Marsella entre 1945 y 1952. Sus cerca de 15 plantas y 400 viviendas (en variadas tipologías), servicios comunes y galerías de circulación interiores pueden considerarse satisfactorios en términos de diseño, pero el modo de vida que representan no parece convencer a muchos compradores. Baste decir que a inicios de los años 80 la última unidad completada (Briey-en-Fôret) tenía todavía más de la mitad de sus viviendas sin ocupar.

“El estado de abandono y de degradación alcanza un grado tal que induce en 1982 a la ciudadanía a pedir el derribo del inmueble que, finalmente, no se lleva a cabo por su coste, más que por el respeto a la obra de un «maestro» de la arquitectura moderna” (GRAVAGNUOLO, 1998:421-422).

Si esto ocurre con las obras del maestro, la situación es mucho peor en otras ejecutadas con menor criterio y calidad, particularmente en numerosos conjuntos de viviendas sociales que acogieron la solución funcionalista para abaratar costos y terminaron por transformarse en un problema en vez de una solución para sus ocupantes, cuestión especialmente reprochable tratándose de personas de escasos recursos. El ejemplo más vistoso son los 2.800 apartamentos de los bloques Pruitt-Igoe en St Louis, Estados Unidos, inaugurados en 1951 y demolidos en 1972 (HALL, 1996:246-250), pero Europa también suministra muchos casos semejantes. Como ejemplos CAPEL consigna los casos del barrio de San Cosme, en la aglomeración barcelonesa, y Les Choquettes, en Lyon (CAPEL, 2002:430).

¿Qué ha ocurrido? GRAVAGNUOLO afirma que la misma Carta de Atenas termina siendo:

“...la más lúcida (y desgraciadamente profética) formulación de un *modelo de anti-ciudad* o, si se prefiere, la más radical inversión teórica de esos pocos principios de asentamiento que habían permanecido firmes en la evolución de la ciudad europea en el curso del tiempo” (GRAVAGNUOLO, 1998:397).

Pese al predominio que alcanzó el funcionalismo, en la década de los sesenta empezaron a ponerse de relieve sus debilidades. Las críticas han reivindicado el valor de la cultura y la historia, afirmando que la ciudad tradicional, con todos sus defectos, puede resultar un ambiente más agradable para las personas que los vanguardistas diseños funcionalistas (GRAVAGNUOLO, 1998:423-434, y CHOAY, 1983:75-83). A diferencia de éstos, aquélla favorece una mayor interacción e identidad ciudadana, esto último gracias a una morfología rica en espacios significativos (CHOAY, 1983:91-94). Por otro lado, pese a que los conjuntos modernistas pretenden superar los problemas de higiene y hacinamiento del chabolismo terminan permitiendo que ambos reaparezcan en nuevas formas —a

veces peores—. La estandarización, la rígida separación de funciones y la supresión de las calles termina resultando monótona y contribuye a debilitar los vínculos comunitarios (CHOAY, 1983:83-91). Esto incluso puede ser negativo para los habitantes de infraviviendas que son trasladados a estos nuevos conjuntos y por ello pierden proximidad física con su lugar de trabajo y sus vínculos comunitarios y familiares:

“La estrecha proximidad de las casas, el espíritu gregario, la falta aparente de un posible aislamiento, el ruido, constituyen sólo una parte de las necesidades de este tipo de población. El circundante medio físico es un elemento de su propia personalidad. Ver como les son impuestas esas cajas esterilizadas de sardinas que son los nuevos conjuntos de viviendas, sentirse obligados a abandonar su propio universo para ir a vivir a un mundo amenazador y lejano representa para esa gente un trauma demasiado grande. Preferirán con toda probabilidad otro *bidonville* u otro islote insalubre a los nuevos conjuntos o a las nuevas ciudades jardín que es todo cuanto podemos ofrecerles” (DUHL, 1983:470)⁹³.

Suele también mencionarse al funcionalismo como uno de los factores que han agudizado la segregación socioespacial al favorecer con la zonificación la concentración de los pobres en áreas determinadas, muchas veces distantes del centro de la ciudad. También se le critica que los espacios comunes exteriores de los edificios residenciales que favorece estén restringidos a sus puros habitantes, como bienes de uso común, a diferencia de las calles tradicionales que están abiertas a todas las personas. En muchos casos esto termina generando un importante grado de inseguridad, como ha subrayado Jane JACOBS al revalorizar la importancia de la calle tradicional, tan vilipendiada por el funcionalismo⁹⁴.

⁹³ En sentido semejante se ha dicho del caso español: “Polígonos de vivienda construidos por iniciativa oficial para alojar a la población expulsada de las áreas centrales de la ciudad se situaban en las afueras y con ello aumentaba el tiempo y el coste del transporte al trabajo, ya que la mayor parte de los residentes mantuvieron los empleos que tenían; la separación entre los bloques daba lugar a la aparición de un relativo aislamiento que aumentaba la segregación, incluso al interior del mismo barrio, con sectores y peores; a todo ello se pudo unir bien pronto la aparición de problemas de delincuencia y falta de seguridad ciudadana” (CAPEL, 2002:429).

⁹⁴ A su juicio, la calle es en sí misma factor de seguridad. Delimitándose bien los espacios públicos privados siempre existen ojos vigilando: “los comerciantes y los propietarios de tiendas son los mejores agentes del orden. No soportan ni los escaparates rotos ni los atracos; quieren que sus clientes se sientan seguros”. Asimismo, la calle favorece una sociabilidad querida por las personas en la interacción cotidiana: “La confianza, en la calle, se establece a través de una larguísima serie de minúsculos contactos, cuyo escenario es la propia calle... A nivel de barrio, el conjunto de los contactos fortuitos y públicos, generalmente espontáneos, es el que crea entre sus habitantes el sentimiento de personalidad colectiva y acaba por instaurar se clima de respeto y de confianza cuya ausencia es catastrófica para una calle, pero cuya búsqueda tampoco podría institucionalizarse”. Por último, esta autora valora el rol de la calle en la formación

Por último, la idea de presentar la solución funcionalista como una respuesta científica y atemporal ha perdido credibilidad, planteándose que "...la ordenación de las ciudades no es objeto de una ciencia rigurosa. Más aún: la misma idea de un urbanismo científico es uno de los mitos de la sociedad industrial" (CHOAY, 1983:95). Y es que "...la concepción y la organización del espacio, en cualquiera de sus escalas, supone la elección de valores, que a su vez son dependientes de contextos culturales y de condiciones políticas y económicas complejas" (SÁNCHEZ DE MADARIAGA, 1999:43). Ignorar la relevancia de esos valores escudándose en el puro mérito técnico de las soluciones puede ser una forma de esconder motivaciones poco presentables o de minusvalorar la participación ciudadana en el desarrollo de la ciudad. En esta lógica "...el urbanista monologa o arenga; el habitante se ve en la obligación de escuchar, sin que siempre comprenda" (CHOAY, 1983:102)⁹⁵. HALL añade en una línea semejante que:

"...el pecado de Le Corbusier y de los corbusianos no está en el diseño, sino en la insensata arrogancia con la que se han impuesto sobre la gente, que no ha podido aceptarlos y que si bien se piensa, nunca se espero que los aceptaran" (HALL, 1996:250).

Lo anterior no quita, por cierto, que el urbanismo pueda y deba abordarse desde una perspectiva científica. Sólo implica que ésta debe no debe olvidar sus límites ni mucho menos invocar el prestigioso nombre de la ciencia para reforzar lo que son simplemente preferencias personales, tan legítimas y respetables como las que puedan tener otros y que, por lo mismo, de concurrir con otras que resulten incompatibles deben dirimirse a través de mecanismos democráticos.

2.3.2. Emergencia del Derecho urbanístico. El urbanismo como una función pública

Durante los siglos XIX y XX los instrumentos urbanísticos deberán sofisticarse para atender a los renovados desafíos de los asentamientos urbanos. La primera manifestación será la aparición de la técnica del planeamiento urbanístico que contará con destacados teóricos como CERDÁ o los arquitectos BAUMEISTER y STÜBBEN⁹⁶. Ésta técnica se extendería luego al resto de Europa y representa un

infantil y juvenil –por sobre los grandes parques- y en la integración y no segregación de las actividades en la ciudad (JACOBS, 1967:450-465, esp. p. 451-452, 454, 456-458 y 462).

⁹⁵ Más adelante agrega que el "economista, el ingeniero y, sobre todo, el artista plástico" tienen asignado un "papel demiúrgico" en el desarrollo urbano, contra el que debe reaccionarse (*Ibid.*:104).

⁹⁶ GRAVAGNUOLO señala que estos autores elaborarán sus teorías con el antecedente de la ley prusiana de 25 de agosto de 1876, que regulaba el establecimiento de poblaciones (GRAVAGNUOLO, 1998:60-62). Sin embargo, GELLERMANN advierte que esta ley todavía se mueve en el campo de las tradicionales limitaciones externas (GELLERMANN, 1996:276).

verdadero punto de inflexión en la relación entre el derecho de propiedad privado y la utilización urbanística del suelo, pues con ella empiezan a invertirse los términos en que se planteaba esta cuestión. De un sistema de limitaciones externas (alineaciones y ordenanzas) que supone una libertad tendencial del propietario del suelo y las construcciones, se pasa a un sistema en que dicha decisión se “residencia en la comunidad, con lo que queda dicho que el propietario sólo puede hacer lo que la decisión pública positivamente le permita” (PAREJO A., 1986:10).

El panorama europeo nos muestra como los diversos países recogerán estas ideas aprobando legislaciones urbanísticas cada vez más incisivas⁹⁷. El alto grado de urbanización de Inglaterra explica que ya en 1909 se apruebe la *Housing and Town Planning Act*, que entre otras cosas “establece la obligatoriedad del planeamiento general urbanístico (si bien limitado en principio a zonas de saneamiento y ensanche) así como la determinación de nuevos núcleos de construcción” (WEYL, 1970:31). Posteriormente esta técnica se verá profundizada con la concepción del planeamiento regional (Cfr. HALL, 1996:147-184), impulsada por Patrick GEDDES y su alumno Lewis MUMFORD y consagrada por la *Town and Country Planning Act*, de 1932, base a su vez del ya mencionado Plan de Londres de 1944. Alemania experimentará este giro al enfatizar la vinculación social de la propiedad privada (como vimos que hacía el art. 153 de la Constitución de Weimar, 18.08.1919)⁹⁸ con la Ley prusiana de la vivienda de 1918 (28.03.1918) y su reglamento (15.01.1919), que fijaron las reglas para construir en los núcleos urbanos y rurales exigiendo la previa elaboración de un planeamiento urbanístico en el primer caso (GELLERMANN, 1996:276). En Francia ocurre lo propio con la Ley de 14 de marzo de 1919, sobre planes de ordenación y extensión de las ciudades, que exigirá confeccionar planes de extensión, mejora y ordenación en las poblaciones de más de 10.000 habitantes y algunas otras (TEJEDOR B., 1998:33-36). En Italia es posible identificar algunas normas embrionarias en la todavía vigente Ley de expropiaciones por causa de utilidad pública de 25 de junio de 1865, a la que seguirían leyes dictadas *ad hoc* para aprobar los planes reguladores de ciudades específicas en una dinámica que, finalmente, cristalizará en una Ley urbanística general y orgánica dictada el 17 de

⁹⁷ Una visión general en BASSOLS C., 1973:560-564.

⁹⁸ “Art. 153. / 1. La Constitución garantiza la propiedad. El contenido y límites de ésta resultan de las leyes. / 2. Una expropiación sólo puede tener lugar para el bien de la colectividad y con base en una ley. Tiene lugar contra una proporcionada indemnización, en tanto una ley no determine otra cosa. En caso de discrepancia sobre el importe de la indemnización, está abierta la vía judicial ante los Tribunales ordinarios, salvo que por ley se disponga otra cosa. La expropiación por el Reich de bienes de los Länder, Ayuntamientos y Asociaciones de interés público, sólo puede tener lugar mediante indemnización. / 3. La propiedad obliga. Su utilización debe ser simultáneamente servicio del bien común”. Seguimos la traducción de (PAREJO A., 1978:50).

agosto de 1942 (VIGNOCCHI, 1971:13-14)⁹⁹. Procesos semejantes se vivirá en otros países europeos como Holanda (Leyes de 1901 y 1921), Suecia (Ley de 1907), Bélgica (Leyes de 1889 y 1946) y Dinamarca (Ley de 1949).

En la España de inicios del siglo XX empieza a ganar espacios la preocupación por el problema de la vivienda obrera, preterido durante el siglo anterior donde la preocupación era más bien la vivienda en general (sin perjuicio de los antecedentes de la cuestión del inquilinato y la Real Orden del 9 septiembre de 1853, BASSOLS C., 1973:230-239)¹⁰⁰. Ya la Comisión de Reformas Sociales de 1883, creada con la finalidad de estudiar “las cuestiones que directamente interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras”, había puesto de relieve la importancia de la vivienda obrera e incluso, uno de los participantes de la Comisión (el socialista Gómez Latorre) advertiría de los peligros de la segmentación social que acarrearían los barrios obreros, “pues dicho está que esos barrios no se han de establecer en los centros de la población, sino que se han de establecer, por ejemplo, donde habéis establecido la necrópolis o en un sitio parecido pero lejos” (BUJ BUJ, 1994). La misma preocupación se advertía en un frustrado Proyecto de Ley de 1878 sobre *Construcción de Barriadas de Obreros*, cuyo artículo 2º establecía que “las barriadas de obreros no podrán edificarse lejos de las poblaciones, e irán mezcladas, cuando sea posible, con las construcciones de otras clases hoy existentes, de modo que puedan recibir los auxilios que las grandes poblaciones y los servicios municipales proporcionan a la generalidad de los vecinos” (BASSOLS C., 1973:450, que recoge esta norma calificándola como una previsión notable). Habrá que esperar a la Ley sobre construcción, mejora y transmisión de casas baratas de 12 de junio de 1911¹⁰¹, y su reglamento provisional de 11 de abril de 1912¹⁰², para contar con una legislación sobre vivienda obrera que promueva con medidas fiscales la construcción de estas viviendas reprimiendo —expropiación forzosa incluida— infracciones como no construir viviendas de este tipo en los terrenos cedidos con ese fin o no reparar aquellas viviendas que se declarasen en malas condiciones (BASSOLS C., 1973:452-454). La ley de 10 de noviembre de 1921 reformará esta ley, destacando entre sus innovaciones el refuerzo de las potestades de los municipios y

⁹⁹ Dentro de las leyes especiales para ciudades determinadas este autor menciona la Ley de 15.01.1885 para el saneamiento de Nápoles, el Decreto-ley de 15.05.1919 que aprobó el plan regulador de Bolonia, el Decreto-ley de 06.06.1931 sobre el plan regulador de Roma y la Ley de 19.02.1934 que aprobó el plan regulador de Milán. También puede verse a este respecto SALVIA & TERESI, 2002:6-10. **[REVISAR: Cincuenta años de urbanística en Italia: 1942-1992. Campos Venuti, G. y Oliva, F. (1994)]**

¹⁰⁰ Esta Real Orden pretendía promover la construcción de “casas para pobres” pero carecía de herramientas para lograrlo, al punto que BASSOLS C. estime que su eficacia “debió ser prácticamente nula” (Ibíd., p. 231).

¹⁰¹ Gaceta de Madrid núm. 164, de 13.06.1911.

¹⁰² Gaceta de Madrid núm. 106, de 15.04.1912.

la normativa sobre construcción de “ciudades satélites” que, como ya mencionamos, se inspira en la ciudad jardín (BASSOLS C., 1973:449-457).

Con todo, el verdadero hito del urbanismo español será la Ley del Suelo de 1956⁽¹⁰³⁾, pues marca el punto de inflexión a favor de la idea de función pública — los planes de extensión del Estatuto Municipal de 1924¹⁰⁴ no llegan a tanto—¹⁰⁵ en lo que GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO A. califican de «salto dialéctico» y «giro copernicano» (GARCÍA DE ENTERRÍA & PAREJO A., 1979:79-80). Con ella, la actuación administrativa deja de ser “...un simple sistema de encauzamiento externo de unas facultades privadas que son las sustantivas y que arrancan y se desarrollan a partir del derecho de propiedad”, para asumir las decisiones básicas sobre el urbanismo. Por ello sostienen que

“...los derechos al desarrollo de un aprovechamiento urbano se han separado de la titularidad dominical del suelo y se han substantivizado como contenido de una competencia pública directa. En este sentido decimos que el urbanismo se ha convertido (en España desde la LS de 1956) en una función pública” (GARCÍA DE ENTERRÍA & PAREJO A., 1979:98).

Ya tempranamente el propio GARCÍA DE ENTERRÍA destacaba que con la consagración del planeamiento:

“...la posibilidad de transformar suelo rústico en suelo urbano ha quedado convertida en virtud de la ley en una función pública, y por ende, exclusiva de la Administración. Sólo la Administración, a través de los planes urbanísticos, puede asignar carácter urbano a cualquier parte del territorio; no es ésta ya una facultad privada, lo cual parece encontrar una justificación fácil: el hecho de la ciudad es un hecho característicamente colectivo, de donde se sigue que su aparición debe ser colectivamente controlada, mejor, colectivamente decidida”.

Profundizaba lo anterior señalando que:

“...la ordenación urbana es una potestad pública y no propiamente una expectativa privada, de modo que cualquiera que sea la directriz de la ordenación no hay en ella propiamente una privación de intereses o facultades privadas, que antes de la ordenación, como ya sabemos, no existen” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1958:492-494)¹⁰⁶.

¹⁰³ Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956. B.O.E. 14.05.1956, rectificada en el B.O.E. de 05.06.1956.

¹⁰⁴ Gaceta de Madrid núm. 69, de 09.03.1924.

¹⁰⁵ En efecto, BASSOLS C. estima que aunque el Estatuto y sus reglamentos realizan una admirable labor de síntesis carecen “de auténtica originalidad en materia urbanística” (BASSOLS C., 1973:494), lo que demuestra entre otras cosas la ausencia de “planes urbanísticos territoriales de conjunto” (*Ibid.*:500).

¹⁰⁶ También la doctrina civilista acogió esta transformación. DE LOS MOZOS, por ejemplo, señalaba en 1964 que “En los supuestos en que exista un plan aprobado debidamente, éste legitima la actividad urbanística, quedando afectada la propiedad privada y las

Con todo, durante buena parte de la vigencia de este texto legal el urbanismo español estará subordinado a la política de vivienda, como veremos en el Capítulo 3 (*infra* 1.3.1).

Durante el siglo XX la madurez del Derecho urbanístico en Europa quedará acreditada con el surgimiento de diferentes legislaciones y enfoques para afrontar el espinudo problema de las plusvalías urbanísticas, la especulación y la gestión urbanística, que en el fondo no son sino tensiones entre propiedad privada, libertad de empresa, medio ambiente, derecho a la vivienda e interés general. A título ejemplar pueden mencionarse la equidistribución, las cesiones y transferencias de aprovechamientos en España, las *New Towns*, el impuesto a la plusvalía de la *Town and Country Planning Act* de 1947 y la nacionalización del suelo de la *Community Land Act* de 1975 —y las sustanciales modificaciones que luego sufrieron ambas— en el Reino Unido o, en Francia, el *plafond légal de densité* y las *zones d'aménagement différé* y *d'aménagement concerté*. Los Estados europeos deben elaborar nuevas herramientas legales para afrontar los restos de la urbanización bajo una concepción que acompañe y ordene los distintos derechos y bienes jurídicos que se vuelcan en el desarrollo urbano —como propiedad privada, libre empresa, medio ambiente o acceso a la vivienda— orientándolos al bien común, en un esquema congruente con los modelos de Estado de Bienestar desarrollados en este continente durante buena parte del siglo XX¹⁰⁷. Como es lógico, se trata de una tarea inacabada y sujeta permanentemente a nuevos desafíos, como lo demuestran recientes impulsos como la figura del agente urbanizador español, de 1994, o las medidas francesas sobre solidaridad y renovación urbanas de 2000.

Este esfuerzo legislativo irá acompañado, como es lógico, de una cada vez más aguda doctrina que parte con obras generales (así, en España las *Comentarios a la Ley del Suelo* de GONZÁLEZ P., de 1968, o el Derecho urbanístico español de NÚÑEZ R., de 1967) para luego dar pie a monografías y revistas especializadas (en el caso español la RDU, desde 1967, y la RUyE, desde 2000).

facultades que de ella nacen a su realización como función pública". Y comentando las consecuencias de este principio afirma que "Antes, en general, la cooperación del particular *se estimulaba* a lo sumo y venía a ser muy escasa, y para proceder a las urbanizaciones había que acudir casi siempre a la expropiación privándole de su derecho de propiedad. De esta manera se verificaba una *invasión* sobre la propiedad de los *iura* privados. Ahora, en cambio, este ya no es el único procedimiento, se pide también al particular que actúe casi como funcionario. De esta manera la propiedad se funcionaliza, pero no sólo formalmente, sino también transformándose en su contenido. No obstante, aun en los casos en que la transformación es más profunda..." (DE LOS MOZOS, 1964:291). Con todo, este autor sostenía que siempre debía quedar "una esfera de actuación de intereses propios del particular, autónoma, y que escape a la funcionalización de la propiedad" (DE LOS MOZOS, 1964:299).

¹⁰⁷ Puede verse una síntesis comparativa de los ordenamientos europeos en BETANCOR R. & GARCÍA-BELLIDO, 2001.

2.3.3. Transición demográfica europea, contraurbanismo y difusión urbana

a) Urbanización y fin de la transición demográfica

La aplicación de las teorías que hemos explicado (supra apartado 2.3.1.) estuvo llena de dificultades como era de esperar considerando que fueron forjadas e implementadas en una época llena de cambios para Europa que repercutían inevitablemente en su urbanismo. En medio de guerras y cambios tecnológicos se consolidaría el predominio de la población urbana pero también empezaría a declinar el crecimiento demográfico que el viejo continente venía experimentando desde fines del siglo XVIII.

Si revisamos la tasa de urbanización europea de comienzos del siglo XX —según los datos reunidos en A. WEBER— advertiremos que todavía entonces la mayoría de la población habitaba asentamientos rurales y la expansión de la vida urbana resultaba muy desigual en el territorio del continente (WEBER, 1967)¹⁰⁸. Por otra parte, los criterios para considerar que un asentamiento puede calificarse como “urbano” sufren fuertes oscilaciones entre los distintos países¹⁰⁹. Como ha señalado CAPEL:

“...la misma diversidad que existe en las definiciones teóricas aparece igualmente en las definiciones concretas del hecho urbano por los organismos oficiales de estadística de cada país. Estas pueden agruparse en dos grandes grupos...: por un lado, las que se basan en criterios cualitativos, tales como el estatuto jurídico, la función administrativa, el aspecto del núcleo, la existencia de determinados servicios: por otro, las basadas en criterios cuantificables, como el número de habitantes, la densidad o la existencia de una determinada cifra de trabajadores no agrícolas” (CAPEL, 1975).

Al más de 60% de población urbana de Inglaterra y Gales se contraponían un 30% en Prusia, algo más de un 25% en Alemania y Francia y cerca de un 20% en España

¹⁰⁸ Véase el diagrama inicial (s/n) de esta obra. **Cotejar con: UNITED NATIONS: Growth of the world's urban and rural population, 1920-2000, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Studies, Nueva York, 1969 (ENCARGADO).**

¹⁰⁹ Producto de ello, por ejemplo, “las cifras mínimas que sirven para diferenciar la población rural de la urbana son extraordinariamente diversas, oscilando entre 200 y 30.000. Dinamarca, Albania y Rodesia toman como límite cifras que se encuentran por debajo de 1.000 habitantes: 200, 400 y 500 respectivamente. Cifras comprendidas entre 1.000 y 2.000 se emplean en Australia, Irlanda, Canadá y Panamá. Entre 2.000 y 3.000, en Jamaica, Méjico, Puerto Rico, Estados Unidos de América y Kenya. La cifra de 5.000 habitantes es utilizada igualmente por algunos países, como Pakistán, Corea y Ghana. La de 10.000 es quizás una de las más usadas: Grecia, Nepal, España, entre otros. Por último, Japón utiliza la de 30.000 habitantes” (CAPEL, 1975).

e Italia. Tras las dos guerras mundiales se mantenía esta diversidad, pero todos los lugares registraban un avance sustantivo de la urbanización. Para 1950 los datos de la ONU nos muestran que más de la mitad de la población europea está viviendo en asentamientos urbanos (el 52,4%). Se trata de un fenómeno más intenso en el norte y oeste (con un 72,7 y 67,9%, respectivamente) del continente, en tanto que el sur y el este conservaban una mayoría rural (con un 44,2 y 39,3 urbano, respectivamente). Bélgica era entonces el país más urbanizado (sin considerar micropaíses como El Vaticano o Mónaco) con un 91,5%, seguido de Reino Unido con 84,2%. Alemania llegaba al 71,9% en tanto que Francia (56,2%), Italia (54,3%) y España (51,9) iban detrás.

De allí en adelante la tendencia sigue un ascenso continuo. Al llegar al año 2000 Europa posee un 73,4% de población urbana y las cifras de los distintos países se han acercado. Mientras Bélgica está completamente urbanizada (97,6%) Reino Unido, Holanda y Alemania bordean el 90%. Francia y España han superado el 75% e Italia se acerca al 70%. Las proyecciones 2030 de la ONU, por último, consolidan el predominio de la urbanización en este continente.

Europa: Evolución y proyecciones urbanización, 1950-2030.

	% urbano 1950	Pob. Urb. 1950 (miles)	% urbano 2000	Pob. Urb. 2000 (miles)	% urbano 2030	Pob. Urb. 2030 (miles)
Europa	52,4	287.223	73,4	534.061	80,5	539.794
Bélgica	91,5	7.902	97,6	9.976	98,4	9.979
Reino Unido	84,2	42.609	89,5	53.162	92,4	56.621
Holanda	82,7	8.362	89,5	14.197	92,6	15.340
Alemania	71,9	49.170	87,5	71.798	91,7	71.203
Francia	56,2	23.494	75,4	44.649	82,2	51.742
Italia	54,3	25.584	66,9	38.512	76,1	38.641
España	51,9	14.526	77,6	30.974	84,5	30.788

Fuente: Elaboración propia, sobre los datos de United Nations Population Division, World Urbanization Prospects: The 2001 Revision, Tabla A.2, p. 30-31.

Ya anticipamos que durante el siglo XX el crecimiento demográfico europeo empieza a decaer, e incluso que experimenta regresiones. La fuerte expansión del siglo XIX llega a su fin, completando un ciclo conocido como *transición demográfica*. Ésta se inicia con la reducción de la mortalidad (debida a los avances de la medicina y la alimentación) y la elevación de la esperanza de vida (LIVI-BACCI, 1990:112-119), lo que provoca que manteniéndose la misma fecundidad se incremente explosivamente la población. Ya vimos que este es el proceso que acompaña la Revolución Industrial se mantiene hasta que, a la inversa, la natalidad

empieza a disminuir por una serie de razones, entre las que pueden mencionarse el retraso de la nupcialidad femenina, las prácticas anticonceptivas, el aumento del “coste” relativo de la crianza de los hijos, etc. (LIVI-BACCI, 1990:112). La disminución permite una estabilización del tamaño poblacional. En el caso europeo este proceso abarca casi dos siglos, culminando alrededor de los años 1960-70:

“...la población europea se cuadriplica; la esperanza de vida pasa de valores comprendidos entre 25 y 30 años a 70-75; el número de hijos por mujer desciende de 5 a menos de 2; Natalidad y mortalidad descienden de valores comprendidos a lo sumo entre 30 y 40% a valores próximos a 10” (LIVI-BACCI, 1990:107-108).

Las cifras dan cuenta de este fenómeno. Ya durante el quinquenio 1950-55 la tasa anual de crecimiento europeo alcanzaba un escaso 0,99% y durante los años siguientes ha seguido bajando hasta registrar, durante el quinquenio 1995-2000, un dato negativo (-0,04%) que según las proyecciones se irá profundizando hasta llegar en 2030 (último año proyectado por la ONU) a -0,39%¹¹⁰. Sin embargo, esta reducción de la población se produce especialmente en la población rural, como queda de manifiesto en la siguiente tabla:

Europa: Tasa anual de cambio en la población europea, real y proyectada: 1950-2030

Años	1950-55	1955-60	1960-65	1965-70	1970-75	1975-80	1980-85	1985-90
Urbana	2,01	2,01	2,07	1,7	1,42	1,11	0,79	0,78
Rural	-0,2	-0,34	-0,69	-1,07	-1,02	-0,85	-0,058	-0,045
Total	0,99	0,99	0,96	0,68	0,59	0,49	0,38	0,43

Años	1990-95	1995-00	2000-05	2005-10	2010-15	2015-20	2020-25	2025-30
Urbana	0,39	0,11	0,03	0,04	0,06	0,07	0,04	-0,003
Rural	-0,37	-0,44	-0,75	-0,98	-1,2	-1,44	-1,68	-1,8
Total	0,18	-0,04	-0,18	-0,21	-0,25	-0,28	-0,33	-0,39

Fuente: Elaboración propia, sobre los datos de United Nations Population Division, World Urbanization Prospects: The 2001 Revision, Tablas A.6, A.7 y A.8.

b) Metropolización y contraurbanismo. Hacia las ciudades difusas

Como se ve, el fin de la transición demográfica no ha impedido que siga existiendo un crecimiento urbano, por mucho que cada vez sea más modesto. La distribución del crecimiento experimentado durante todo este proceso ha ido formando una jerarquía urbana que se caracteriza por su estabilidad y la abundancia de ciudades

¹¹⁰ Datos extraídos de (ONU, 2002:91).

de tamaño medio. En efecto, si miramos la distribución de los habitantes urbanos europeos durante los años 1975-2015 las únicas ciudades que tiene más de 10 millones de habitantes son Moscú, que en 2000 alcanza 10,103, y París, que en 2015 llegará a 10,008. Incluso las ciudades de entre 5 y 10 millones de habitantes se han reducido de 5 a 4 y de albergar al 8,1% de la población urbana representarán tan sólo el 6%. En cambio, crecen las ciudades de entre uno y cinco millones de habitantes (de 42, con el 18,1%, a 61, con 21,7%) y, en una medida muy inferior, las que tienen entre 500.000 y un millón (de 62 a 68, pasando del 10,1% del total al 8,9%). Finalmente, los núcleos con menos de un millón de personas crecen al ritmo preciso para conservar su relevancia dentro del total (63,8% en 1975 y 63,5% en 2015).

Distribución de la población urbana europea
según el número de habitantes del asentamiento

	Asentamientos con 10 MM o más	Asentamientos entre 10MM y 5MM	Asentamientos entre 5MM- 1MM	Asentamientos entre 1MM- 0,5MM	Asentamientos con menos de 0,5MM
Europa 1975	0	8	18,4	10,6	63
Europa 2000	1,9	6,4	19,1	9	63,5
Europa 2015	3,9	4,6	18,4	9,5	63,6

Fuente: Elaboración propia, sobre los datos de United Nations Population Division, World Urbanization Prospects: The 2003 Revision, Tabla A.17, p. 181.

Esta distribución poblacional debe ser entendida especialmente a la luz de dos fenómenos que durante la segunda mitad del siglo pasado afectaron a las grandes ciudades europeas (y que han exigido crear una serie de neologismos, tal como un siglo antes debiera hacer CERDÁ). El primero es la *metropolización* (acompañada de un proceso de *suburbanización*) y el segundo, el *contraurbanismo*. Ambas situaciones son identificadas primero en Estados Unidos y luego se detectan en Europa, lo que no es raro dado que esta última, tras la segunda guerra, adoptó un modelo de industrialización semejante al de aquel. Con todo, las características del sistema urbano europeo teñirán ambos fenómenos de matices particulares respecto de los experimentados en Estados Unidos.

La *metropolización* es el proceso típico de la urbanización industrial mediante el cual el crecimiento de las ciudades más dinámicas arrastra también a su periferia, generándose así un área de interrelaciones constituida por una ciudad central y un conjunto de subcentros que dependen de ella, intercambiándose mutua e intensamente residencia y trabajo. Cuando la urbanización de los subcentros o periferia corresponde a patrones difusos, en vez del patrón concentrado

característico de la ciudad tradicional, se habla de *suburbanización* (PRECEDO L., 1996:84-86 y, respecto del caso español, p. 227-241). Ejemplos de áreas metropolitanas son París (10 millones de habitantes), Londres (10 millones), Milán (5 millones), Madrid (4,5 millones) o Berlín (3,5 millones) [MÉNDEZ & MOLINERO, 2000:112]. Otra modalidad de aglomeración urbana es la *conurbación* —término acuñado por P. GEDDES (HALL, 1996:156-157 y BERRY, 1975:56)—, consistente en el desarrollo paralelo de diversas ciudades que se unen en una mancha continua y que puede ir acompañado de procesos de *suburbanización*. Ejemplo de conurbación son el Ruhr alemán, con 10,5 millones de habitantes, el Randstad holandés, con 5,6 millones, o la combinación de Manchester y Liverpool, con 4,1 millones (MÉNDEZ & MOLINERO, 2000:64 y 113).

En la década de los 70 se observará una reducción en el tamaño poblacional de las áreas metropolitanas mientras, en paralelo, aumenta el de los asentamientos intermedios y pequeños. De allí que se acuñara el término *contraurbanismo* para aludir a esta inversión de los flujos demográficos y económicos que tradicionalmente habían circulado desde los asentamientos urbanos menores y los rurales hacia las grandes aglomeraciones urbanas¹¹¹. Este proceso se detecta en Estados Unidos, pero luego se verificará en otros países desarrollados¹¹², incluidas las áreas metropolitanas de Madrid y Barcelona (ARROYO, 2001). La interpretación de este proceso, sin embargo, no es concluyente. FERRÁS repasa las múltiples posiciones que han surgido. Entre ellas, las que afirman que se trata de un proceso permanente, las que sólo ven aquí una intensificación de la *suburbanización* (y no el declive de las áreas metropolitanas) o una consecuencia de crisis económicas que se revertiría una vez superadas éstas y, por fin, las que la consideran la superación de la dualidad campo/ciudad a través de la urbanización del medio rural (FERRÁS S., 1998:616-622). Por otro lado, la población de las áreas metropolitanas ha repuntando en los ochenta de manera que no es fácil anticipar que ocurrirá. En muchos casos se han realizado importantes inversiones para revertir este proceso rehabilitando el parque de viviendas céntrico degradado, lo que no pocas veces da pie al fenómeno de la llamada *gentrification* (traducido por algunos como *elitización*, GARCÍA H., 2001), esto es, la ocupación de esos espacios renovados por clases medias o altas que desplazan a sus anteriores ocupantes generando un nuevo tipo

¹¹¹ Se trata de la traducción de la palabra inglesa “*Counterurbanization*”, también traducida como *contraurbanización*. FERRÁS, que emplea esta última la define como “el proceso de movimiento desconcentrado de personas y actividades económicas desde las áreas urbanas hacia las rurales” y advierte que, según algunos, ya se habría percibido en la Inglaterra decimonónica (FERRÁS S., 1998:607-608; también puede verse PRECEDO L., 1996:93 y CARTER, 1987:50-51).

¹¹² Un completo repaso de este fenómeno en distintos países desarrollados —sin considerar España— en CHAMPION, 1989.

de segregación residencial, asociado a un evidente proceso de especulación. En efecto, las zonas deterioradas se adquirirían a bajo precio y, una vez remodeladas, se vendían a precios muy superiores. Se trata de un fenómeno que ya se había advertido en la política de renovación urbana aplicada en Estados Unidos durante los sesenta. Esta política, se calculaba,

“...a finales de 1965... había sacado de sus casas a un millón de personas, muchas de las cuales pagaban rentas muy bajas; tres cuartos llegaron a encontrar nuevos lugares donde vivir, nueve de cada diez encontró casas peores a alquileres más altos” (HALL, 1996:243 y, más ampliamente, p. 238-244 y 274-275).

En síntesis, tanto *metropolización-suburbanización* como *contraurbanismo* reflejan el modelo de urbanización desconcentrado que se está imponiendo y que genera asentamientos difusos. NEL-LO explica que se ha pasado:

“...del crecimiento de la ciudad ‘en mancha de aceite’ (por simple agregación o ensanche sin solución de continuidad con el espacio construido preexistente) a la suburbanización (la aparición de periferias metropolitanas más o menos densas, a menudo sin solución de continuidad, como la ciudad central); de la suburbanización a la periurbanización (la integración en las dinámicas metropolitanas de los antiguos núcleos rurales); de la periurbanización a la rururbanización (la difusión de las dinámicas metropolitanas hasta los antiguos espacios rurales más alejados de los núcleos primigenios)” (NEL-LO, 1998:39; una síntesis semejante en DEMATTEIS, 1998:20).

FERRÁS agrega que:

“El concepto de urbanización difusa es opuesto al de urbanización concentrada propio de la era industrial, del crecimiento espacial polarizado y de las economías de aglomeración. Representa el ensanchamiento de la urbanización tradicional que se difunde o expande en el territorio de forma laxa y no polarizada. Es el vehículo que promueve la urbanización del campo y permite ‘habitar la distancia’, al desvincular el lugar de trabajo del lugar de residencia en relación directa a las mejoras y avances de las comunicaciones. En la difusión desconcentrada de la urbanización intervienen los procesos de suburbanización y de contraurbanismo que tienen por denominador común el hecho de que su presencia implica movimientos desconcentradores de población en los asentamientos urbanos desde el centro hacia la periferia y, también, en su organización jerárquica desde los que tienen mayor número de habitantes hasta los de menos habitantes” (FERRÁS S., 2000).

Cabe hacer presente que este proceso está llevando a una cierta convergencia entre el modelo de ciudad anglosajona y continental. Ya hemos anticipado en el curso de este trabajo que la primera tiene una estructura más dispersa, motivada —entre otras razones— por las iniciativas desconcentradoras que partieron con la ciudad

jardín y se consolidaron con el movimiento de las ciudades nuevas. Se trata, también, de un asunto cultural. En cambio, la expansión hacia los suburbios de la Europa continental durante los años cincuenta y sesenta fue una “expansión «vertical» y densificadora, por un desarrollo relativamente compacto”. Actualmente, en cambio:

“...las nuevas periferias aparecen en un nuevo contexto de crecimientos débiles o de estancamiento demográfico. La fractura que se produce entre esas densidades tradicionales —de entre 150 y 300 viv/ha— en los «polígonos» y colmataciones residenciales de esos años, frente a las de las nuevas periferias actuales —bastante inferiores a las 75 viv/ha que permite la legislación—, resulta un fenómeno general en las ciudades meridionales. Incluso en los nuevos «polígonos de manzanas» o «nuevos ensanches populares» madrileños, las densidades suelen estar por debajo de las 60 viv./ha, mientras las áreas ocupadas por la edificación pueden resultar inferiores al 30% del suelo urbanizado” (MONCLÚS, 1998:10).

c) La agudización de la segmentación socioespacial. Valoración de los centros urbanos y expulsión de los pobres a la periferia. Los desafíos de la inmigración y el multiculturalismo

La ciudad dispersa parece gozar de bastante popularidad como “producto inmobiliario”. A inicios de esta década una encuesta del Instituto Gallup revelaba que “un 35 por ciento de los españoles gustaría de residir en poblaciones de menos de 10.000 habitantes y un 55 por ciento en aquellas con menos de 50.000, y que tan sólo un 9 por ciento se encuentra a gusto en las metrópolis... estos datos son acordes con lo que acontece en otros países” (FERRÁS S., 2000). No obstante ello es claro que este modelo de asentamiento plantea una serie de riesgos:

“...desde el punto de vista social genera grandes desigualdades polarizando territorialmente la separación entre ricos y pobres. ¿No son las familias acomodadas las que pueden acometer el proyecto de vivir en una casa unifamiliar en el campo y continuar vinculadas funcionalmente a la ciudad? Pensemos en las urbanizaciones privadas que tanto proliferan en las grandes ciudades españolas y británicas. También, la ciudad dispersa conlleva serios problemas de desjerarquización de los sistemas de asentamientos, la ineficiencia funcional y el impacto ambiental. Pensemos en la alta dependencia del automóvil, en los desplazamientos masivos diarios, en el despilfarro energético y de recursos para dotar de servicios a una población desconcentrada, o en la ocupación indiscriminada de grandes lotes de suelo rural. Sin duda, las nuevas formas de urbanización dispersa son un reto para la ordenación y planificación del territorio” (FERRÁS S., 2000).

En sentido semejante se ha advertido que en la fase de urbanización postindustrial empiezan a formarse grandes bolsones de pobreza adquiriendo:

“...características preocupantes los fenómenos de exclusión social y la segregación creciente de las áreas sociales, con la marginación económica de amplias áreas de la población. Aun en situaciones económicas favorables, las grandes ciudades están experimentando un aumento de la segregación residencial, así como un incremento general de la pobreza. La crisis económica, el paro, el consumo y tráfico de drogas, la criminalidad y el sentimiento de inseguridad son e contrapunto de un modelo económico neoliberal que prima desmesuradamente los factores de crecimiento económico y olvida los problemas de distribución social y territorial” (PRECEDO L., 1996:87-88).

Precisamente por esto la Comunicación *Marco de actuación para el desarrollo urbano sostenible en la Unión Europea* (1998) sostiene que es necesario “Promover modelos de asentamiento que usen eficazmente los recursos, limitando con ello la utilización de terreno y la expansión urbana”¹¹³ y la Carta Urbana Europea reclama:

“...nuevas estrategias de ordenación del territorio, tanto para la ciudad misma (promover una ciudad más «compacta») como para la periferia (integración de la vivienda, del empleo y de otras funciones)” (CPLRE, 1992:ap. 4.1.1.).

Obviamente se trata de un problema que no tiene la misma intensidad que en Latinoamérica; pero tampoco puede negarse que es una realidad y que hay condiciones ara que se expanda. Los suburbios europeos, afirma CASTELLS, se han transformado en:

“...un espacio socialmente diversificado, esto es, segmentado en periferias diferentes en torno a la ciudad central. Están los suburbios tradicionales de la clase obrera, con frecuencia organizados en torno a grandes polígonos públicos de viviendas, que después se obtienen en propiedad. Están las urbanizaciones, francesas, británicas o suecas, habitadas por una población más joven de las clases medias, cuya edad les dificulta penetrar en el mercado de viviendas de la ciudad central. Y también están los guetos periféricos de viviendas públicas más antiguas, ejemplificadas por La Courneuve de París, donde las nuevas poblaciones inmigrantes y las familias obreras pobres experimentan su exclusión del «derecho a la ciudad»...”. Simultáneamente, la “nueva elite gestora-tecnócrata-política crea espacios exclusivos, tan segregados y apartados del conjunto de la ciudad como los barrios burgueses de la sociedad industrial, pero, como la clase profesional es mayor, a una escala mucho más grande”, para lo cual preferentemente se sitúa “en zonas rehabilitadas o bien conservadas del centro de la ciudad... [pues] a diferencia de los Estados Unidos -si exceptuamos a Nueva York, la menos estadounidense de todas sus ciudades-, las zonas residenciales verdaderamente exclusivas tienden a apropiarse de la cultura e historia urbanas situándose en zonas rehabilitadas o bien

¹¹³ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Marco de actuación para el desarrollo urbano sostenible en la Unión Europea [COM(1998) 605 final]

conservadas del centro de la ciudad... la elite no necesita irse hacia el exilio de las afueras para escapar de las masas" (CASTELLS, 2000:479).

Ello no quita que también empiecen a construirse urbanizaciones enrejadas en los suburbios¹¹⁴. La evidencia de esta realidad ha hecho que sea abordada en los documentos europeos que se han ocupado de combatir la exclusión social¹¹⁵, particularmente porque la segregación social urbana tiene para Europa riesgos añadidos debido a la fuerte inmigración que ha estado recibiendo¹¹⁶ y que ha generado, en más de una ocasión, brotes de tensión social constatándose "fenómenos de rechazo hacia los inmigrantes, que están introduciendo en el sistema urbano europeo comportamientos xenófobos muy preocupantes" (PRECEDO L., 1996:87-88). Según Eurostat, durante 2003¹¹⁷:

"...la población en la UE creció un 0,34 %, del cual un 0,08% se debe al crecimiento natural (nacimientos-defunciones) y un 0,26% a la inmigración neta (inmigrantes-emigrantes). Todo ello arroja un crecimiento de 1.276.000 personas".

Si analizamos el caso de España podemos apreciar que según los padrones municipales (cuya información es parcial, dado que no todos los inmigrantes se registran en ellos) en tan sólo cuatro años los inmigrantes se triplicaron, pasando de representar un 1,6% de la población total en 1998, a un 4,73 en 2002 (INE, 2003:9)¹¹⁸. En este escenario es probable que los inmigrantes (y habría que agregar inmigrantes pobres, para ser más rigurosos) terminen aglutinándose en sectores

¹¹⁴ Pueden verse ejemplos de Francia y España en CyT 133-134, 2002 (LE LOUARN, 2002:529-538; PINÇON & PINÇON-CHARLOT, 2002:539-544 y CANOSA Z., 2002 :545-563).

¹¹⁵ Así, por ejemplo, el punto 2 del Anexo de la Comunicación *Marco de actuación para el desarrollo urbano* [COM(1998) 605 final], se refiere a "El reto de la integración social: romper las relaciones entre la reestructuración económica, la segregación espacial y la exclusión social en las áreas urbanas con problemas".

¹¹⁶ En 2000 MÉNDEZ y MOLINERO señalan que desde mediados de los 70 los flujos migratorios se caracterizan por: 1. Detención de la migración desde los países europeos meridionales y periféricos a los noroccidentales; 2. Mantención del flujo de inmigrantes que llega del exterior ("Además de mantenerse los flujos procedentes de Magreb, Turquía y los antiguos dominios coloniales, se acentuaron los originados en los países de Europa oriental, donde las profundas crisis económicas, las tensiones nacionalistas y las guerras abiertas en algún caso, provocaron desplazamientos masivos de población"); 3. Se elevan los refugiados en Europa. Sólo a comienzos de 1996 había 2,6 MM bajo el amparo de la ACNUR y 1,6 desplazados internos, concentrados en Alemania y lo países balcánicos; y 4. En 1990 los residentes extranjeros en Europa eran 24.702.900, concentrados especialmente en Francia (5,9), Alemania (5) y Reino Unido (3,7). Hacia 1998 Francia registra un 10,4% de inmigrantes, Alemania un 6,4%, Reino Unido un 6,5%, Suiza un 16,7%, Italia un 2,7 y España un 18, p. 145.

¹¹⁷ **Actualizar a 2009.**

¹¹⁸ **Actualizar a 2009.**

degradados, como ya ocurre en algunas ciudades¹¹⁹, lo que exigirá especial atención de parte de las poderes públicos.

3. LA CIUDAD AMERICANA

3.1. Los siglos XVI a XIX. La colonización como urbanización ordenada. Catástrofe y recuperación demográfica

3.1.1. Conquista, urbanización y catástrofe demográfica

La urbanización no fue una realidad desconocida en el mundo precolombino. Culturas como la maya, la azteca o la incaica contaron con asentamientos urbanos de importancia, si bien posteriores a los situados en el Mediterráneo, Medio Oriente o India. Los mayas llegaron a construir importantes centros ceremoniales (Chichen Itzá, Tikal, etc.) pero su civilización decayó y a la llegada de los españoles apenas subsistían algunos núcleos habitados, como Tulum. Los aztecas levantaron una serie de centros urbanos encabezados por Tenochtitlán, su capital, que alcanzó a tener cerca de 300.000 habitantes, lo que la transformaba en la ciudad precolombina más poblada (claro antecedente del destino de Ciudad de México, emplazada en el mismo lugar) para asombro de Hernán Cortés y sus hombres. Con una población algo menor le seguía Cuzco¹²⁰, capital incásica ubicada en el actual Perú y conectada con el resto del imperio mediante una impresionante red vial¹²¹. Este desarrollo será radicalmente intervenido por el proceso colonizador iniciado en 1492, pues entonces conquista y urbanización coincidirán. Enfrentados los españoles a la vastedad del nuevo continente –ochenta veces mayor que España– (VV.AA., 1997:25) se concentrarán en núcleos urbanos para conservar su cultura, su

¹¹⁹ Con todo, también hay signos esperanzadores. No debe olvidarse que “...los residentes inmigrantes suelen ser obreros con fuertes lazos familiares, por lo que cuentan con una estructura de apoyo fuerte que hace de los guetos europeos comunidades orientadas hacia la familia, con pocas probabilidades de caer bajo el dominio que la delincuencia callejera (salvo en Inglaterra)” (CASTELLS, 2000:480).

¹²⁰ “Pedro Sancho de la Hoz, soldado español que hizo de secretario de Pizarro, en 1543 escribió que en la ciudad se encontraban más de 100,000 casas; Víctor Angles, por deducción en base a algunas crónicas indica categóricamente que la población fue de 300,000 habitantes; por su parte Santiago Agurto, en base a densidades poblacionales relativas calcula unas 126,000 personas para la zona urbana y unas 100,000 para la rural, es decir, una población total para la Capital del Tawantinsuyo de unos 225,000 habitantes”. Goyzueta, Vicente. Qosqo, Capital Sagrada de los Inkas, disponible en: <http://www.qosqo.com/qosqoes/qosqo.html> (consultado el 24.05.2004 a las 13:05 hrs.). [Procurar mejorar cita.](#)

¹²¹ A este respecto puede verse ALCINA (1997:207-221).

identidad e incluso su propia existencia, seriamente amenazadas en caso de dispersión dado su escaso número. SÁNCHEZ-ALBORNOZ explica que:

“La ciudad española surgió... por conveniencia de los colonizadores pero también por su agrado, ya que buena parte de ellos procedían de centros urbanos... Los españoles recrearon en el Nuevo Mundo la ciudad que conocían y que era sobretodo la del sur de la Península recientemente reconquistada” (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:89-90).

A ello debe añadirse —siguiendo a BREWER-CARÍAS— que la fundación de ciudades era, además, una obligación jurídica pues “el título jurídico para incorporar las nuevas tierras a la Corona de Castilla fue el poblamiento”, como disponían las Capitulaciones celebradas por los conquistadores con la Corona que también exigían demarcar “la jurisdicción de la Gobernación de cada Adelantado y de la Provincia que la asentaba” (BREWER-CARÍAS, 1997:26)¹²².

El emplazamiento de las ciudades coloniales aprovechará la red urbana precolombina, desplazando de sus asentamientos a los moradores originales y sobreponiendo sobre la planta original el modelo español (así ocurrirá en Tenochtitlán y Cuzco, las capitales de los grandes imperios conquistados), pero también dará lugar a la fundación de ciudades nuevas. Éstas últimas responderán a las nuevas explotaciones (especialmente las mineras) y las necesidades de comunicación con la metrópoli (así, por ejemplo, puertos como Lima). Se trata de un proceso que se desarrolla con gran rapidez, al punto que en 1580 ya haya constancia de la fundación de cerca de 200 ciudades y en 1630, de unas 330 (Cfr. VV.AA., 1997:58 y SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:90-91). Por ello la hegemonía urbana de los asentamientos humanos representaría “una de las constantes de la América hispánica que aún hoy ejerce un peso material y cultural en las diversas regiones latinoamericanas” (VIVES, 1997:223).

¿Cómo entender que un contingente de conquistadores tan reducido pudiera imponerse a la mayoría indígena reestructurando todo un continente? Aunque se trata de una materia que excede los límites de nuestra investigación podemos apuntar algunos elementos iniciales, como la superioridad militar derivada de medios militares entonces desconocidos en América (la pólvora o los caballos, por

¹²² “Poblar... -añade este autor- ...era fundar ciudades y villas, mediante Acta levantada con toda la solemnidad necesaria por escribano, donde se fijaba el término territorial de la población, y se designaban sus autoridades. Por ello, a diferencia de las ciudades norteamericanas, todas las ciudades latinoamericanas tienen fecha precisa de fundación, lo que era jurídicamente necesario para demarcar el ámbito de cada Gobernación”. Tal era la importancia de este acto que fundar ciudades sin licencia era un delito penado con la muerte, lo que explica todas las maniobras que debió realizar CORTÉS para llevar adelante la conquista de México sin el permiso previo del Gobernador Velásquez (BREWER-CARÍAS, 1997:27).

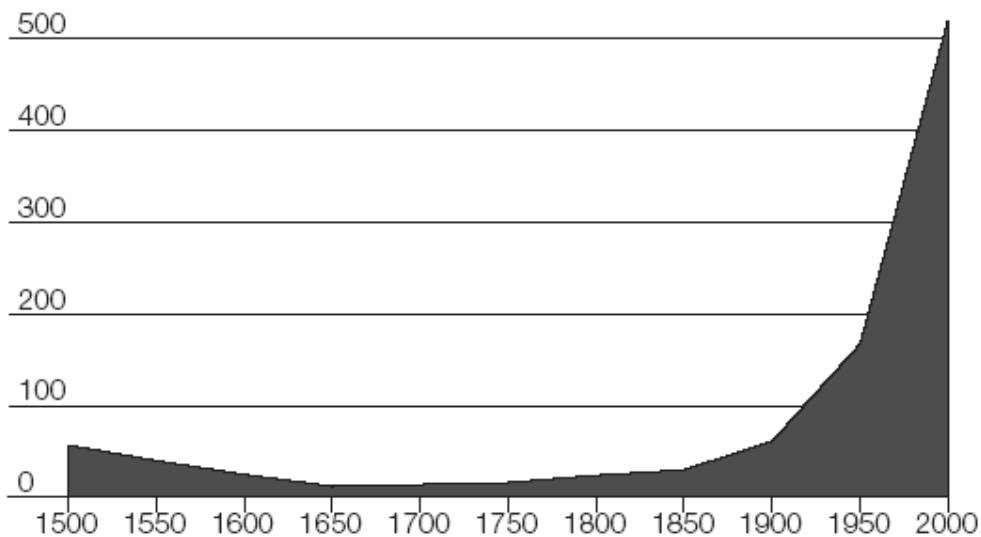
ejemplo), el asombro que estos causaron en la población nativa, el aprovechamiento de sus creencias religiosas (particularmente la ligazón que los aztecas hicieron entre los españoles y el dios Quetzalcoatl) y la hábil capitalización de las disensiones internas que sufrían los dos grandes imperios (unida a cierta ingenuidad de parte de sus líderes)¹²³. Pero a largo plazo sería más importante la rápida y catastrófica disminución de la población aborígen, cuestión que también haría que el repoblamiento y el urbanismo futuro siguieran los patrones de la entonces indiscutida potencia colonial. Según SÁNCHEZ-ALBORNOZ las estimaciones más fiables acerca de la cantidad de habitantes que tenía Latinoamérica a fines del siglo XV dan como resultado una docena de millones en el actual México, otra docena en la zona andina (Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia) y cantidades menores para el resto (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:48-52). Otros autores hablan de un total de 50 millones, de los cuales 17 estarían en México y 16 en la región andina (DENEVAN, 1992:6). En el caso de México central se dice que en 1519 había 25,2 millones de indígenas en tanto que los primeros registros escritos, que se remontan a 1568, contabilizan sólo 2,7 millones, lo que significa una reducción de casi el 90% respecto del tamaño poblacional de 1519. Y en 1625, cien años después, apenas se registrarán 720.000 personas¹²⁴. El imperio incaico sufre un derrumbe semejante, estimándose que un siglo después del primer contacto con los españoles la cantidad de indígenas alcanzaba a sólo el 7% de la de entonces (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:58). Más allá de las cifras precisas –que han dado pie a acaloradas polémicas– (MALAMUD R., 1988:75), está fuera de dudas el profundo declive demográfico que produjo en los indígenas americanos el contacto con los colonizadores españoles. SÁNCHEZ-ALBORNOZ lo califica de un “descalabro severo, largo y múltiple en su modalidad” y señala que sus causas inmediatas (todas derivadas de la conquista) serían también diversas: la violencia, el hambre, el mestizaje, el reacondicionamiento económico y social, las epidemias traídas por los europeos e, incluso, “el desgano vital” (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:61; las razones están explicadas en p. 61-73). La región apenas empezará a recuperarse de este retroceso en el siglo XVIII.

¹²³ En el caso del imperio Inca nos referimos al enfrentamiento el inca Atahualpa y su hermano Huáscar; en el imperio azteca, a las alianzas que Cortés celebró con pueblos indígenas enemigos de este Imperio.

¹²⁴ Estudios de zonas más específicas señalan que desde 1519 la población decreció hasta equivaler a una cifra que oscilaría entre el 5,5% y el 17% de los indígenas existentes en 1519 (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:55-56).

Population of Latin America and the Caribbean, 1500–2000

Population in millions
600



Sources: D. Clawson, *Latin America and the Caribbean*, 2d ed. (2000): figure 12.13; United Nations, *World Population Prospects: The 1998 Revision, Briefing Packet* (1999); and CELADE, *Boletín demográfico* 69 (2002): table 1a.

Figura 2: Población en Latinoamérica y el Caribe 1500-2000 (Fuente: BREA, 2003:5)

3.1.2. La fundación de ciudades. La retícula ortogonal y cuadricular

Uno de los elementos que más destaca dentro del proceso urbanizador español es la regularidad de la morfología urbana. Como ha dicho DE TERÁN la mayor parte de estas ciudades:

“...fueron fundadas y trazadas a cordel... Mayoritariamente se trata de ciudades de trazado geométrico en el que las calles rectas se cortan formando manzanas trapezoidales, rectangulares o cuadradas. Este último caso, quizás el más numeroso, conocido y representativo, es el que ha llevado a hablar generalizadamente de «la cuadrícula española». Cuando, además, una de las manzanas centrales queda libre de edificación, convertida en plaza mayor, puede individualizarse el... «modelo clásico de la ciudad hispanoamericana»” (DE TERÁN, 1997:15).

Por esto BREWER-CARÍAS afirma que:

“...ningún país del mundo, en toda la historia de la humanidad, ha fundado tantos pueblos, villas y ciudades en un territorio tan grande, en un período de tiempo tan corto, y en una forma tan regular y ordenada como España lo hizo en América” (BREWER-CARÍAS, 1997:25 y 35-7).

Esta regularidad fue posible dada la ausencia de condicionamientos que estorbaran este diseño. O no existían estructuras de propiedad previas o no se respetaban las existentes (la indígena no es considerada). Tampoco existían vías que condicionaran la forma urbana y ni siquiera los núcleos preexistentes que fueron ocupados representaron un gran obstáculo para superponer la trama española¹²⁵. El único límite infranqueable era la topografía, pero la amplitud de espacios favorables para asentarse hizo que esto no fuera un problema.

El origen de este modelo responde a diversas fuentes. En 1523 el emperador Carlos V regularía la fundación de ciudades estableciendo el uso de la retícula ortogonal en una fórmula ya clásica:

“Y cuando hagan la planta del Lugar, repartarlo por sus Plazas, calles y solares a cordel de regla, comenzando desde la Plaza mayor, y sacando desde ella las calles a las puertas y caminos principales y dexando tanto compas abierto, que aunque la poblacion vaya en gran crecimiento, se pueda siempre proseguir y dilatar en la misma forma. Procuren tener el agua cerca, y que se pueda conducir al pueblo y heredades, derivandola si fuere posible, para mejor aprovecharse de ella, y los materiales necesarios para edificio, tierras de labor, cultura y pasto, con que excusarán el mucho trabajo y costas, que se siguen de la distancia. No elijan sitio para poblar en lugares muy altos, por la molestia de los vientos y dificultad del servicio y acarreo, ni en lugares muy bajos, por que suelen ser enfermos: Fúndese en los medianamente levantados, que gocen descubiertos los vientos del Norte y Mediodía: Y si hubieren de tener sierras, ó cuestas, sea por la parte de levante y poniente: y si no se pudieren excusar de los lugares altos, funden en parte donde no esten sujetos a nieblas, haciendo observacion de lo que mas convenga a la salud, y accidentes, que se pueden ofrecer: Y en caso de edificar a la rivera de algún rio, disponga la poblacion de forma que saliendo el sol dé primero en el pueblo que en el agua” [sic]. Ordenanza 11 de 1523 de Carlos V, incluida como Ley I del Título VII del Libro IV en la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de Indias*, 1680.

Cincuenta años más tarde (1573) Felipe II dictó las Ordenanzas de Descubrimiento y Población¹²⁶ reiterando y detallando las normas de su padre, pero para entonces ya se habían fundado cerca de doscientas ciudades, precisamente las que definirían el sistema urbano hispanoamericano hasta bien entrado el siglo XIX: la retícula ortogonal se adivina en el trazado de 1521 para la ciudad de México (sobre las ruinas de Tenochtitlán) y ya es una cuadrícula nítida en Lima (1535), La Plata

¹²⁵ Puede verse la destrucción y “reconstrucción” (al modo español) de Tenochtitlán y Cuzco en BENEVOLO, 1993:120-121.

¹²⁶ *Ordenanzas de descubrimiento, nuevo población y pacificación de las Indias. El orden que se ha de tener en descubrir y poblar*. Dadas por Felipe II, el 13 de julio de 1573, en el Bosque de Segovia. Puede verse una transcripción en BREWER-CARÍAS, 1997:167-180, y un análisis extenso sobre su contenido en p. 139-151.

(1538), Santafé de Bogotá (1538), Tunja (1538), Huamanga (1539), San Francisco de Campeche (1541) y Santiago de Chile (1541), por sólo citar algunos ejemplos (VV.AA., 1997:113-122, con numerosos planos que ilustran la difusión de la cuadrícula). De allí que DE TERÁN estima que las ordenanzas de 1573 no guían el proceso fundacional sino que, más bien, recogen la experiencia previa (de hecho, las innovaciones introducidas en él tendrán poca fortuna), en tanto que las de 1523 tampoco pudieron cumplir esta función —al menos adecuadamente— dada su extrema generalidad:

“...las Ordenanzas de Felipe II, constituyen un impresionante código político-urbanístico que, en sus disposiciones formales, recogen por una parte el resultado de una experiencia ya realizada en la práctica, sin norma oficial. La práctica precedió a la norma, configurando a ésta a posteriori. Pero, por otra parte, algunas otras disposiciones formales de las Ordenanzas, que no procedían de la práctica, eran producto de reflexiones idealizadas y abstractas, que nunca llegaron a tener aplicación” (DE TERÁN, 1997:16 y 83-84)¹²⁷.

Los autores estiman que el origen de esta forma urbana respondería a diferentes influencias, como los modelos precolombinos (también ordenados ortogonalmente) y los tratadistas renacentistas, como ALBERTI¹²⁸, desembocando, finalmente, en un diseño novedoso y sencillo:

“precisamente al considerar las características de tal modelo... aparece la originalidad histórica del mismo, con su insistencia en la cuadrícula rotunda y en la plaza cuadrada, con su propio sistema de parcelación en cuartos de manzana, que producía una débil ocupación volumétrica, dadas las grandes dimensiones de aquella” (DE TERÁN, 1997:16).

Este último aspecto queda confirmado al comparar la superficie que tenían las manzanas de las ciudades fundadas en España durante el siglo XIV con las de

¹²⁷ Como ejemplo de lo último pone las proporciones vitrubianas de la plaza mayor (rectángulo 1:1,5, con 2 calles perpendiculares saliendo de cada esquina y una por la mitad de cada lado), cuya aplicación era bastante más compleja que el modelo usado en la práctica, a saber, “el vacío de una manzana como las demás, dejada sin edificar” (*Ibid*). **REVISAR.**

¹²⁸ CAPEL recuerda al “primer virrey de Nueva España abordando en 1535 el diseño de la capital con el tratado de Alberti en la mano” y señala que “la creación de ciudades realizada en los reinos americanos de la Monarquía hispánica durante el siglo XVI es una empresa ligada a los desarrollos más avanzados de la urbanística y de la ciencia del Renacimiento. Desde la elección de los emplazamientos hasta la misma traza y construcción de edificios públicos, pasando por la resolución de problemas de abastecimiento de aguas, el control de las condiciones higiénicas o las interpretaciones alegóricas sobre la ciudad, todo necesita ser comprendido en el contexto intelectual de la ciencia europea de la época, en su aplicación a esa Nueva Europa que era la América recién descubierta y conquistada por los pueblos ibéricos” (CAPEL, 1994:7-21).

ciudades americanas fundadas durante el siglo XVI. Las segundas, de un tamaño muy superior, provocaban una menor densidad urbana, cuestión que reforzaría la baja altura de las construcciones americanas coloniales, casi nunca superiores a dos plantas¹²⁹, y la ausencia de murallas que facilitaba la extensión y difuminaba la separación urbano-rural (no siendo extraño que hubiesen espacios de la retícula sin edificar, BENEVOLO, 1993:127).

No todas las ciudades, obviamente, seguirán un mismo molde. Algunas serán protegidas por murallas, particularmente aquellas que podían verse expuestas a ataques marítimos por las naciones europeas que disputaban los dominios españoles, como La Habana, Santo Domingo, San Juan de Puerto Rico, Cartagena de Indias, Lima, El Callao o Montevideo (VV.AA., 1997:123-130). Otros asentamientos, en tanto, serán irregulares (así las ciudades más tempranas o los centros mineros, VV.AA., 1997:131-3). Con todo, tales casos no llegan a invalidar la tendencia general a la ilimitada retícula cuadrículada. Por otro lado, los aborígenes que no prestaban servicios en las ciudades también serían agrupados en asentamientos más bien rurales denominados “pueblos de indios”, donde misioneros o encomenderos concentraban a indígenas misionados y a la mano de obra de las explotaciones agrícolas o mineras, ocupándose generalmente también el trazado reticular (GARCÍA F., 1997:219-221)¹³⁰.

Siglos después CERDÁ usará este modelo como inspiración para el ensanche de Barcelona, pues había permitido la fundación “de ciudades vastísimas bajo un sistema tan acertado, que ha podido servir durante siglos de tipo y modelo á muchos pueblos, aun á aquellos que de más ilustrados y cultos se precian” (sic). Destacaba:

“...la grandiosidad de sus miras expansivas y extensas, ...la regularidad de sus formas, ...la justicia de su distribución y ...la verdadera belleza de sus detalles”(sic), junto a la facilidad para que la población pudiera “desparramarse libremente por los contornos, de suerte que al paso que la edificación se ha condensado á las orillas de un río caudaloso ó de un puerto muy frecuentado, el resto se ha extendido considerablemente, conservando por lo común las casas una situación aislada é independiente” (sic) (CERDÁ, 1968a:187-189).

De allí que declarase que el ensanche de Barcelona debía tener “una forma y estension que permitan al caserío distribuirse de una manera analoga al de las poblaciones fundadas por nuestros ilustres abuelos en el continente americano”

¹²⁹ Se estima que la densidad sería de “menos de 2 hab/Ha, al lado de las ciudades españolas de los siglos XII al XV entre 65 y 90 hab/Ha” (VV.AA., 1997:99 y, más extensamente p. 99-102 y 145. También, en la misma obra, GARCÍA F., 1997:213-221, esp. p. 218.

¹³⁰ Según VIVES “Decir pueblo de indios en la América colonial era aludir claramente a un ámbito rural”. (VIVES, 1997:223).

(sic), las mismas que él nunca tuvo ocasión de conocer personalmente (CERDÁ, 1991b:407§1462)¹³¹.

Conviene señalar que el modelo americano también se vio afectado por la segmentación social de sus espacios. Los solares resultantes de la subdivisión de las manzanas se repartían a suertes y los más próximos a la plaza mayor o de armas resultarían ser los más importantes. La población nativa que prestaba servicios, en tanto, se ubicaría en barrios separados que el crecimiento urbano y el proceso de mestizaje después integrarían, si bien siguiendo una clara estratificación étnico-social: el centro urbano correspondía a la población blanca, luego venía el espacio ocupado por los mestizos y, por último, los barrios exteriores que correspondían a los indígenas (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:61 y 90, y también VIVES, 1997:223).

3.1.3. La recuperación demográfica y los avances de la urbanización

La colonización de América, en medio de la catástrofe demográfica que ya hemos explicado, se hace a costa de un importante volumen de emigrantes europeos. Según MÖRNER, entre 1506 y 1650 llegaron nada menos que 436.669 españoles a América (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:77). Habrá que esperar a la segunda mitad del siglo XVII para que finalice la reducción demográfica de los indígenas y se establezca la población. Durante el último tercio del siglo XVIII, por fin, la población americana empieza a crecer (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:95-120)¹³². Este fenómeno motivará una nueva etapa de fundación de ciudades caracterizada por “la reducción del tamaño de las manzanas y su división en mayor número de parcelas”, pero que mantiene como forma predominante la cuadrícula, apareciendo eso sí modelos ortogonales (esto es, con manzanas rectangulares y no cuadradas) y plantas que siguen a cabalidad las Ordenanzas de 1573 (recogidas en la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias de 1680 (VV.AA., 1997:137-143 y DE TERÁN, 1999:25-26)¹³³. Por otro lado, las ciudades ya fundadas absorben los

¹³¹ Puede verse la descripción geométrica de varias ciudades americanas en p. 399-400 (incluye entre ellas a Santiago de Chile). Sobre la relación entre CERDÁ y el urbanismo americano puede verse (DE TERÁN, 1999:21-40). Este autor estima que aunque pueden encontrarse una serie de conexiones entre la experiencia americana y los planteamientos de Cerdá no parece existir fundamento para suponer que este último tuviera un conocimiento tan detallado de la urbanización americana. Por ello, cree que más bien se trata de “dos experiencias sorprendentemente independientes, casi incomunicadas, a pesar de algunas correspondencias ocasionales” (p. 24).

¹³² También puede verse BREA, 2003:5, quien estima que la población empieza a recuperarse en 1650.

¹³³ Este último cita dentro de los ensayos ajustados a dicha Ordenanza –recogida fundamentalmente en las leyes del Título VII del Libro IV– destacando entre otras ciudades las siguientes: San Juan Bautista de la Ribera, Argentina, 1607; Panamá, 1675; Santa Clara, Cuba, 1691; Pilar, Argentina, 1726; Rancagua, Chile, 1743.

incrementos de población prolongando las calles y generando nuevas manzanas allí donde sea necesario, mientras en paralelo se densifica el centro urbano.

La independencia de los países americanos a inicios del siglo XIX no alterará los patrones de urbanización. Incluso algunos países, como Argentina y Uruguay, llegarán a adoptar formalmente la solución de la retícula ortogonal en sus ordenamientos internos (DE TERÁN, 1999:25-27)¹³⁴. Con todo, puede advertirse un cierto espíritu de diferenciación con la antigua metrópoli (“como negación de la dependencia de España”, DE TERÁN, 1997:17) en la contratación de técnicos no españoles —arquitectos franceses e italianos, por ejemplo— para la realización de las obras que demanda el crecimiento urbano en el plano puramente estético y en lo referente a la infraestructura que empiezan a demandar las ciudades. En este último aspecto deberá afrontarse la ejecución de las redes de evacuación de aguas residuales y basuras y/o o la apertura de líneas férreas y estaciones de ferrocarril, afectando sectores consolidados y el trazado cuadrangular (GUTIÉRREZ, 1997:252-266). Por otra parte, los nacientes gobiernos americanos promoverán la inmigración para seguir poblando sus territorios llegando principalmente esclavos negros, chinos y europeos (éstos últimos, los preferidos), si bien la distribución de unos u otros varía conforme el país. De hecho, los cerca de 13 millones de emigrantes europeos se concentrarán —señala SÁNCHEZ-ALBORNOZ— en Brasil, Uruguay, Argentina, Cuba y, en menor medida, Venezuela y Chile¹³⁵.

El crecimiento de la población llevará a que entre 1850 y 1900 la región duplique sus habitantes, pasando de 30,5 millones a 61,9 (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:143-144). Esta expansión empezará a difuminar el trazado colonial generando nuevas formas urbanas. Subsistirá, por cierto, la diferenciación social en la localización, particularmente en el caso de los sectores marginados que definirán “sus propias barriadas ocupando áreas extensas carentes de servicios urbanos elementales” (GUTIÉRREZ, 1997:254).

¹³⁴ Las normas referidas son un Decreto del Gobierno argentino de 1829 y la Constitución uruguaya de 1830 (seguida en 1859 de un Decreto y en 1877 de un Reglamento “para el trazado de Pueblos y Colonias”).

¹³⁵ Para atraer a los europeos se dictaron numerosas leyes. Sirva como ejemplo el art. 25 de la Constitución Argentina de 1853, que proclamaba que “El Gobierno Federal fomentará la inmigración europea...” (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:130-131). Pueden verse las cifras de la emigración europea en p. 133.

3.2. El siglo XX: Desborde del orden

3.2.1. Urbanización y explosión demográfica. Una acelerada transición demográfica

Para revisar la situación del siglo que acaba de terminar resulta conveniente acudir a las estadísticas. Pero antes, conviene puntualizar que existe una gran heterogeneidad entre los países de la región, tanto en su grado de urbanización y transición demográfica como en la velocidad del proceso (CEPAL, 2000:9). Dado que nuestro análisis se centrará luego en Chile revisaremos con más detención el grupo al que pertenece, esto es, los países cuya urbanización y transición demográfica se encuentra avanzada.

Hacia 1900 el panorama de Latinoamérica —seguimos a SÁNCHEZ-ALBORNOZ— nos muestra 13 ciudades de más de 100.000 habitantes, 79 de entre 20.000 y 99.999 y 134 de entre 10.000 y 19.000 habitantes. Esto es, 226 núcleos con más de 10.000 habitantes que albergaban al 14% de la población latinoamericana. Argentina, Chile, Cuba, Uruguay y Venezuela encabezan este proceso oscilando entre el 20 y el 30% de población urbana (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:151-155)¹³⁶, tal como ocurría entonces con algunos países europeos (España e Italia, por ejemplo). Para 1950, incluso, Argentina, Chile y Uruguay tenían niveles de urbanización superiores al promedio europeo, pero la región seguía por debajo de este último al tener una población mayoritariamente rural.

Será durante la segunda mitad del siglo XX que la urbanización latinoamericana se acelerará superando el grado de urbanización europeo. Los datos de la ONU indican que en 2003 la población urbana de Europa correspondía al 73% del total de habitantes, en tanto que en Latinoamérica y el Caribe llegaba al 76,8% (ONU, 2004:28). Con todo, debe advertirse que la situación al interior de cada país varía, coexistiendo junto a zonas muy urbanizadas otras donde predomina la población rural¹³⁷.

¹³⁶ Especialmente véase el cuadro 6.8 en p. 152-3. Los mismos datos se desprenden de (WEBER, 1967), diagrama inicial (s/n).

¹³⁷ “Por ejemplo, Panamá contaba a comienzos de la década con un 53.8% de población urbana; sin embargo, en las provincias de Panamá y Colón la proporción era del 76.0%, es decir, más alta que aquella que presentaban países como Brasil, Cuba o México en ese momento (Gobierno de la República de Panamá, 2000). Por el contrario, Argentina presentaba a comienzos de los años noventa un alto nivel de urbanización, con sólo un 13% de población rural; pero en las provincias de Tucumán y Mendoza esta proporción llegaba al 29% y 20%, respectivamente, y en la mayoría de los departamentos de esta última un 50% de la población vivía en el campo (Palero y Pizarro, 2000; Dantur y Correa, 2000)” (CEPAL, 2000:9-10).

Lo más significativo es que buena parte de este proceso se desarrolla en medio de una explosión demográfica¹³⁸ que recién empieza a remitir. Según SÁNCHEZ-ALBORNOZ los casi 62 millones de habitantes que tenía Latinoamérica en 1900 suben, en tres décadas, a 104,1 millones. En 1940 ya hay 126,074 millones de habitantes y en 1950, 160,72. Estos datos son semejantes a la estimación de la ONU, que cuantifica en 167,097 millones los habitantes de América Latina y el Caribe en 1950, y en 520,229 los del 2000. En otras palabras, desde comienzos de siglo la población casi se ha multiplicado por nueve, estimándose que para 2030 habrá ya 711 millones de personas. Si centramos el análisis en Sudamérica —la parte de la región que más nos interesa— la segunda mitad del siglo XX arroja una tasa de crecimiento marcadamente superior a la europea. Sólo durante 1980-85 se inicia un ligero descenso de la población rural, el mismo que en Europa se advertía a partir de 1950 y que en ese entonces sólo se apreciaba en los países más urbanizados del subcontinente (Argentina, Chile, Puerto Rico, Uruguay y Cuba).

Latinoamérica: Evolución y proyecciones urbanización (1950-2030)

	% urbano 1950	Pob. Urb. 1950 (miles)	% urbano 2000	Pob. Urb. 2000 (miles)	% urbano 2030	Pob. Urb. 2030 (miles)
LA y el Caribe	41,9	69.940	75,5	392.982	84,6	601.726
Sudamérica	43,7	49.340	79,7	276.661	88,6	418.317
Argentina	65,3	11.206	89,5	33.181	93,7	45.568
Brasil	36,0	19.406	81,1	139.403	91,3	202.686
Chile	58,4	3.553	85,9	13.084	92,3	18.750
Uruguay	77,9	1.744	91,9	3.071	95,5	3.778
Venezuela	46,8	2.384	86,9	21.103	91,9	33.999
Colombia	42,1	5.292	74,9	31.553	85,2	51.860
México	42,7	11.831	74,7	73.899	82,9	110.770

Fuente: Elaboración propia, sobre los datos de United Nations Population Division, World Urbanization Prospects: The 2003 Revision, Tabla A.2 y A.3, p. 37-8 y 47-8.

¹³⁸ Se trata de un fenómeno observado en la generalidad de los países en desarrollo. Se ha dicho que “la excepcionalidad del caso consiste, precisamente, en la rapidez de la aceleración demográfica; entre 1900 y 1920 puede estimarse la tasa de desarrollo de la población del mundo pobre en algo menos de 6 por mil al año; esta tasa se duplica entre 1920 y 1950 (11 por mil aproximadamente), para volver a duplicarse (22 por mil) en los últimos cuarenta años. La máxima aceleración se alcanza durante los años 60 (25 por mil), que da paso en la última década [se refiere a los 80] una ligera ralentización. Téngase cuenta que, en contraposición, que el mundo rico (Europa y sus proyecciones transoceánicas, en el curso de dos siglos de desarrollo, ha superado sólo excepcionalmente un ritmo de aumento del 10 por mil...” (LIVI-BACCI, 1990:149).

Latinoamérica y el Caribe: Población real y proyectada (1955-2030)

Año	1950	1955	1960	1965	1970	1975	1980	1985	1990
Pob. (miles)	167.097	190.797	218.300	250.452	284.856	321.906	361.401	401.469	441.525

Año	1995	2000	2005	2010	2015	2020	2025	2030
Pobl. (miles)	481.099	520.229	558.281	594.436	628.260	659.248	686.857	711.058

Fuente: United Nations Population Division, World Urbanization Prospects: The 2003 Revision, Tabla A.5, p. 64.

Sudamérica: Tasa anual de cambio en la población real y proyectada (1950-2030)

Años	1950-55	1955-60	1960-65	1965-70	1970-75	1975-80	1980-85	1985-90
Urbana	4.45	4.28	4.29	3.95	3.64	3.46	3.09	2.80
Rural	1.33	1.14	0.91	0.46	0.19	0.02	-0.11	-0.49
Total	2.75	2.70	2.72	2.47	2.32	2.28	2.11	1.91

Años	1990-95	1995-00	2000-05	2005-10	2010-15	2015-20	2020-25	2025-30
Urbana	2.35	2.18	1.97	1.69	1.45	1.23	1.04	0.88
Rural	-0.46	-0.90	-1.15	-1.06	-0.96	-0.87	-0.77	-0.71
Total	1.67	1.51	1.37	1.22	1.09	0.94	0.81	0.69

Fuente: Elaboración propia, sobre los datos de United Nations Population Division, World Urbanization Prospects: The 2003 Revision, Tablas A.6, A.7 y A.8.

Los cuadros que incluimos dan cuenta de este fenómeno, semejante al que vivió Europa durante el siglo XIX, pero también reflejan que desde la década de los 90 se ha consolidado:

“...la tendencia a la desaceleración del ritmo de crecimiento de la población urbana en los países de la región, al bajar el crecimiento vegetativo de la población — producto de la transición demográfica— y reducirse la migración desde el campo” (CEPAL, 2000:8).

Ello significa que la transición demográfica está llegando a su fin en un periodo de tiempo inferior al que tomó en Europa, lo que no es difícil de comprender. En el viejo continente la reducción de la mortalidad ocurre de forma gradual porque deriva “de la acumulación de conocimientos, sobre todo médicos, que a partir de finales del siglo XVIII permitieron poner bajo control las patologías infectivas”. A partir de 1940 tales conocimientos son transferidos:

“masivamente, y de manera relativamente rápida, al mundo pobre, provocando, en poco tiempo, una gran disminución de la mortalidad. La natalidad, que depende en parte de factores culturales sólo lentamente modificables, no ha seguido, o ha

seguido con retraso y con menor velocidad, la disminución de la mortalidad y la distancia entre los dos componentes se ha ampliado grandemente” (LIVI-BACCI, 1990:149-150).

En el caso latinoamericano la tasa de fecundidad empezó a disminuir a partir de 1970 (a un ritmo más moderado que el europeo, por cierto), de manera que el fin del ciclo se avizora a pocas décadas de su inicio.

3.2.2. Metropolización y megaciudades. De la migración campo-ciudad a la migración interurbana

a) Metropolización y macrocefalia urbana

Las grandes ciudades acogerán parte fundamental de los nuevos contingentes urbanos, tanto los provenientes de migraciones (fundamentalmente del campo a la ciudad, pero también de las ciudades menores a las mayores) como los derivados del puro crecimiento vegetativo. De allí que se expandan aceleradamente. En 1900 la capital más poblada era Buenos Aires, con 664.000 habitantes, siguiendo luego Río de Janeiro, con 430.000, y Ciudad de México, con 345.000. Para 1930 las tres superaban el millón de habitantes y Buenos Aires excedía los dos millones (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:155). Ya en 1950 el listado de las 30 ciudades más pobladas del mundo incluye a Buenos Aires (8ª, con 5,041 millones), Río de Janeiro (18ª, con 2,930 millones), Ciudad de México (20ª, 2,883 millones) y Sao Paulo (27ª, con 2,313 millones). El 2000 se ha agudizado este gigantismo y en el mismo listado aparecen Ciudad de México (2ª, con 18,066 millones), Sao Paulo (4ª, con 17,099 millones), Buenos Aires (8ª, con 12.583), Río de Janeiro (14ª, con 10,803 millones), Lima (27ª, con 7,454 millones) y Bogotá (30ª, con 6.771) (ONU, 2004:Tabla A.11, p. 120-121). Si volvemos a las cifras de inicios de siglo quiere decir que en cien años la población de Buenos Aires se multiplicó por diecinueve, la de Río de Janeiro por veinticinco y la de Ciudad de México por... cincuenta y dos. Se trata de un proceso de metropolización acelerado y de gran magnitud, al punto que en el caso de las concentraciones mayores en vez de hablarse de áreas metropolitanas se empieza a usar el término megaciudades.

Esta predominancia de los grandes centros urbanos ha llevado a que en la mayoría de los países la capital destaque muy por encima de las demás ciudades configurándose sistemas macrocefálicos; apenas Colombia, Ecuador y Brasil escapan a este fenómeno (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994). Esto explica en buena medida el centralismo histórico que ha caracterizado a muchas repúblicas iberoamericanas. Empero, tras la década de los 70 la situación ha empezado a variar y las cifras evidencian que las metrópolis superiores a cinco millones de

habitantes empiezan a crecer a un ritmo inferior que las que oscilan entre uno y cinco millones lo que, según la CEPAL, se explicaría “por una transición demográfica avanzada y migración neta baja e incluso negativa en algunos conglomerados” (CEPAL, 2000:11). Esto abre una oportunidad para reducir el peso relativo que tenían en 1970 las ciudades principales de cada país y equilibrar la distribución de la población¹³⁹, si bien a costa de otras grandes ciudades y aglomeraciones metropolitanas *sub* o *rururbanizadas*¹⁴⁰, escenario que aunque diferente del *contraurbanismo* que experimentaría el mundo desarrollado, también alimenta el crecimiento disperso. En el caso de Santiago de Chile, por ejemplo, la “remodelación y avance de la ciudad podría deberse preferentemente a los traslados desde zonas más bien centrales, densas y caras a otras periféricas, baratas y con abundante espacio” (RODRÍGUEZ V., 2004:123)¹⁴¹.

En síntesis, como afirma PINTO, América Latina no enfrenta una redistribución de la población sostenida e irreversible, marcada por la «desmetropolización», «desconcentración demográfica» y, por ende, por el desplazamiento de la dinámica a los municipios de menor tamaño...”, ya que la tendencia a la reducción del crecimiento de las grandes ciudades va acompañada de la persistencia “del patrón concentrado en el diseño regional de los países latinoamericanos” con lo que las pérdidas de población de las grandes urbes se insertan más bien en una modalidad de *suburbanización* y no en flujos hacia las ciudades intermedias¹⁴².

¹³⁹ En este sentido puede apreciarse que entre las décadas 70 y 90 el índice de primacía de la ciudad principal sobre el sistema urbano (cociente entre la población de la ciudad principal y la suma de la población de las tres ciudades que la siguen en tamaño) disminuyó en diez países, se mantuvo en cinco y sólo aumentó en un país (CEPAL, 1995 y 2000:13).

¹⁴⁰ El análisis de los censos del 2000 ratifica, según RODRÍGUEZ, “que una mayoría de las grandes ciudades de la región se convirtió en zona de emigración neta y algunos análisis detallados de casos muestran un fuerte aumento de la emigración a su periferia lejana, en el marco de los denominados procesos de *rururbanización*. Se consolida un proceso de desconcentración demográfica empujado por la migración que, si bien significa un mayor dinamismo de las ciudades intermedias, se asocia a un patrón de consolidación de áreas metropolitanas extendidas que se convierten en entidades urbanas de nuevo cuño y con enormes potencialidades y requerimientos” (RODRÍGUEZ V., 2004:133)

¹⁴¹ [Cotejar con (DUCCI, 2002:187-207)DUCCI, María Elena. *Área urbana de Santiago 1991-2000: expansión de la industria y la vivienda.* /en/ EURE (Santiago) vol. 28, Nº85, dic. 2002, p.187-207]

¹⁴² Por lo mismo este autor señala que entender “que los países caminan a una distribución espacial de la población más equilibrada” sería una “falsa impresión”. Admitiendo el “aumento de peso de las localidades intermedias —cuyas funciones regionales los ubican en una posición destacada— estima “que las pérdidas relativas de las grandes aglomeraciones y/o ciudades no se dieron a favor de esas localidades sino a favor de las localidades de su cercanía”. (PINTO DA CUNHA, 2002:46).

En consecuencia, ante el menor dinamismo de las ciudades de menos de un millón de habitantes las tendencias apuntan a que se mantenga el predominio de las grandes concentraciones urbanas suburbanizadas. Así, mientras en 1950 sólo el 36,4% de la población urbana residía en ciudades de más de un millón de habitantes, en 2000 lo hace el 42,7% y en 2015 se espera que lo haga el 46,9%, vale decir, casi la mitad de la población urbana.

De este modo, aunque la acelerada urbanización recuerda la evolución europea, posee también matices propios¹⁴³.

Sudamérica: Distribución de la población urbana (%)
según el N° de habitantes del asentamiento.

	Asentamientos con 10 MM o más	Asentamientos entre 10MM y 5MM	Asentamientos entre 5MM- 1MM	Asentamientos entre 1MM- 0,5MM	Asentamientos con menos de 0,5MM
Sudam. 1975	0	19	17,4	8,9	54,7
Sudam. 2000	14,6	7,0	21,1	7,3	49,9
Sudam. 2015	13,1	8,6	25,2	5,7	47,3

Fuente: Elaboración propia, sobre los datos de United Nations Population Division, World Urbanization Prospects: The 2003 Revision, Tabla A.17, p. 183.

b) Procesos de migración

Otro factor que ha variado en el último siglo son los patrones migratorios. Hasta la década de los 70 las ciudades recibieron importantes volúmenes de habitantes del campo pero desde entonces éstos han disminuido. Como señala la CEPAL:

“...la migración campo-ciudad, que caracterizó por décadas a los desplazamientos de población en América Latina y el Caribe, ha sido reemplazada en el último tiempo por un patrón más diversificado, que incluye la corriente migratoria entre zonas urbanas, la migración intrametropolitana, nuevas expresiones de la migración rural y la migración internacional” (CEPAL, 2000:14).

No es que los habitantes del campo dejen de emigrar, pues aún las ciudades representan un poderoso foco de atracción, sino sólo que este proceso ha perdido relevancia como factor de crecimiento urbano frente a las migraciones interurbanas

¹⁴³ BENEVOLO pone de relieve este efecto reflejo: “los mecanismos técnicos y legales importados de Europa reproducen en el siglo XX, en los otros continentes, las mismas situaciones de crisis experimentadas en las ciudades europeas en la primera mitad del siglo XIX: hacinamiento, desorden, insalubridad, especulación desenfrenada e insuficiencia de normativa pública. De estos trastornos no sale todavía un nuevo escenario habitable” (BENEVOLO, 1993:204).

y al crecimiento endógeno de las ciudades (CEPAL, 2000:16-18)¹⁴⁴. Actualmente predomina el traslado de personas desde pequeños asentamientos humanos a otros de tamaño medio, y desde estos hacia ciudades mayores y grandes áreas metropolitanas. En cuanto a la emigración internacional debe apuntarse que la región ha pasado de receptora de inmigrantes a fuente de emigrantes (fenómeno concentrado especialmente en algunos países)¹⁴⁵.

Conviene destacar que precisamente el tamaño que han alcanzado los grandes centros poblados hace que su puro crecimiento vegetativo sea la principal fuente de crecimiento y un considerable desafío en términos de su adecuada absorción. En efecto, la región metropolitana de Sao Paulo tenía 5,3 millones de habitantes en 1960 y crecía al 3,86% anual, lo cual significaba un aumento de 207.000 habitantes al año; en 1991 tenía 15,4 millones de habitantes y la tasa de crecimiento había bajado a 1,25% al año, pero esto significó —de todos modos— un aumento anual de 192.000 habitantes. Se estima que Buenos Aires, con una tasa de crecimiento anual del 1,2%, debió absorber una mayor población de 1,5 millones en la década del 90. Bogotá, con una tasa anual de 2,1% habría recibido 1,2 millones. Santiago de Chile, con una tasa anual de 1,5%, 0,7 millones (TRIVELLI O., 2000).

¹⁴⁴ Un reciente estudio de las bases censales latinoamericanas concluye en este punto que: “(a) el grueso del crecimiento urbano en prácticamente todos los países de la región se debe a expansión vegetativa; (b) la migración del campo a la ciudad, como el resto de las migraciones examinadas en este trabajo, tiene una intensidad que varía fuertemente con la edad y las edades jóvenes son las más propensas a migrar (Villa, 2000; Lucas, 1997); (c) aunque cada vez menos relevante para las zonas urbanas, la migración hacia las ciudades sigue siendo una fuerza clave para la continuidad del proceso de urbanización, pues el crecimiento vegetativo sigue siendo mayor en las zonas rurales; (d) la migración del campo a la ciudad sigue teniendo un impacto significativo en las zonas rurales, tanto en la moderación de su crecimiento (y el despoblamiento en numerosas áreas) como en el envejecimiento de la población (por la selectividad juvenil de la migración); (e) a medida que el crecimiento natural urbano baja hasta niveles cercanos a cero, la migración desde el campo puede recuperar peso en la expansión de la población urbana, pero se descarta que vuelva a ser el flujo migratorio más cuantioso” (RODRÍGUEZ V., 2004:119).

¹⁴⁵ Durante 2001 la inmigración latinoamericana en España pasó a representar la “mayor contribución a la inmigración extracomunitaria en España... por primera vez desde mediados de la década de 1990, superando incluso a los inmigrantes procedentes de África del Norte (principalmente de Marruecos), que eran los más numerosos... Las principales nacionalidades de procedencia son la ecuatoriana y la colombiana (29.8 y 17.2%, respectivamente)” (MARTÍNEZ B., 2003:43). Los datos del Padrón Municipal español 2002 muestran una agudización de esta tendencia, ya que al 01.01.2002 los inmigrantes más numerosos son “los iberoamericanos con 730.459 inscritos que significan el 36,93% del total. Le siguen los nacionales de los países de la Unión Europea que son ahora 489.813, es decir tan solo el 24,76% y los africanos que con 423.045 inscritos... representan el 21,39%” (INE, 2003:21-22).

3.2.3. Impactos sobre la forma urbana: desorden y extensión

a) El desorden

El tan celebrado orden de la ciudad iberoamericana no podrá resistir este crecimiento poblacional y se desbordará. Ya en 1920 LE CORBUSIER, al visitar Buenos Aires, criticó su desbocada extensión sobre la base del damero colonial español:

«La vista del plano de Buenos Aires produce un choque; uno queda agobiado... de *orgánica* que era cuando estaba formada por 10 cuadrados en un sentido y de 10 ó 15 en el otro, cuando contenía 1000 ó 150 “cuadrados”, se ha convertido en *inorgánica*, con sus 10.000 ó 20.000 “cuadrados”... algo completamente amorfo» (LE CORBUSIER, 1999:234)¹⁴⁶.

Parecido juicio le mereció al arquitecto suizo Río de Janeiro, “con un diámetro urbano de 45 kilómetros” (LE CORBUSIER, 1999:264). Y eso no es sino el comienzo. Las ciudades empiezan a densificarse y en su extensión empieza a dejar de lado la cuadrícula. Los procesos especulativos obligan a construir en altura en muchos sectores, con la consiguiente congestión de los bienes y servicios públicos. Las necesidades de transporte exigen la apertura de amplias avenidas y, más adelante, autopistas.

Las teorías del urbanismo europeo del siglo XX cruzan el océano inspirando tanto proyectos de baja densidad, al modo de la ciudad jardín, como grandes bloques colectivos que responden al racionalismo funcionalista, pero los primeros terminan transformándose en suburbios y los segundos apenas representan intervenciones puntuales. Por otro lado, el crecimiento de las ciudades escasamente responde a patrones preestablecidos, particularmente en su periferia. Ésta será irregularmente ocupada por sectores de escasos recursos, especialmente la población que ha emigrado desde el campo, apareciendo innumerables asentamientos espontáneos y precarios que constituyen una verdadera ciudad informal o ilegal, al modo del chabolismo o barraquismo española. Éstas recibirán diversas denominaciones en cada país (favelas, ranchos, villas miseria, barriadas, conventillos, callampas, etc.) y con el tiempo empezarán a ser reconocidas y regularizadas.

No es de sorprender, tras todo lo expuesto, que en 1996 las máximas autoridades de urbanismo y vivienda de la región admitieran que en ella:

“...tradicionalmente, la acción gubernamental ha carecido de un pensamiento integral sobre la ciudad que le permita guiar sus actuaciones sectoriales de manera

¹⁴⁶ Se trata, con todo, de una ciudad que se ha elevado ganando densidad ya que sus manzanas, según la descripción de LE CORBUSIER, poseen siete plantas sobre la calle.

coherente en relación con los elementos básicos que constituyen el desarrollo urbano”¹⁴⁷.

La ciudad industrial de mitad de siglo que existe en Latinoamérica es parecida a la construida en los países desarrollados en los periodos de entreguerra, caracterizándose por el desempleo, la pobreza y una estructura fragmentada que dificulta los viajes y las relaciones sociales (HARDOY, 1997:271) y que no ha remitido como en el caso europeo. La pobreza y la desigualdad permanecen. Del orden de la cuadrícula se ha transitado a “un puzzle en el que pueden distinguirse algunas piezas formalmente heterogéneas” (VV.AA., 1997:192).

b) La extensión

Por otra parte, las ciudades entrarán en una dinámica de permanente expansión, “engullendo territorios circundantes, espacios geográficos cada vez mayores, englobando a otros núcleos que antes fueron poblaciones lejanas e independientes” (VV.AA., 1997:199), en una lógica de crecimiento en extensión:

“...una buena parte del crecimiento demográfico experimentado por las ciudades de la región se ha traducido en una expansión de la mancha urbana que, con frecuencia, ha superado en proporción... [el] incremento demográfico. Es decir, se advierte, en términos generales, una modalidad de crecimiento urbano horizontal” (RODRÍGUEZ & VILLA, 1998:46).

Conviene destacar que el crecimiento concentrado tiene que ver con la extensión de las ciudades industriales, que necesitaban reducir los costos de transporte y acercar a los trabajadores a las fuentes de trabajo. Pero ese fenómeno pierde fuerza en el siglo XX, dotado de muy superiores medios de transporte.

Esta modalidad de expansión puede ilustrarse con las cifras del área metropolitana de Santiago de Chile,

“...que pasó de 21.389 ha a 44.615 entre 1960 y 1982; las migraciones fueron responsables del 44% del crecimiento de la población entre 1952 y 1960 y del 32% entre 1960 y 1982” (HARDOY, 1997:271).

Con todo, esas cifras corresponden al periodo de crecimiento demográfico alto. Actualmente el fenómeno de extensión urbana es más notorio dado que excede con mucho del aumento poblacional (influyendo variables como el aumento de los ingresos y la disminución en el tamaño de las familias). En efecto, según cifras del

¹⁴⁷ Se trata del considerando tercero de la *Declaración de Valdivia*, suscrita en el marco del Foro Iberoamericano de Vivienda y Desarrollo Urbano celebrado en Valdivia, Chile, del 9 al 12 de Abril de 1996 (disponible en <http://habitat.aq.upm.es/iah/a003.html>, consultado el 25.02.2004 a las 21:00 hrs.).

Ministerio de Vivienda de Chile la superficie urbanizada del país creció un 71,5% en la última década (1992-2002), en circunstancias que durante el mismo periodo la población urbana experimentó un aumento de apenas un 17,1%¹⁴⁸.

Es tan significativo el cambio que se ha dicho que las grandes ciudades iberoamericanas pueden considerarse “nuevas ciudades, no sólo por su población y expansión física sino también por los cambios sociales y transformaciones edilicias que experimentaron”. En muchas de ellas la “homogeneidad visual de la ciudad colonial, que se había mantenido durante las primeras siete u ocho décadas del periodo republicano” se destruyó en apenas “algo más de una generación” (HARDOY, 1997:267-268).

3.2.4. Pobreza y riqueza. Extensión y segmentación

Seis de cada diez pobres latinoamericanos habitan en zonas urbanas, lo que parece insinuar que las ciudades no han logrado generar las oportunidades que esas personas necesitan para poder abandonar tal condición (CEPAL, 2000:24). HARDOY ha señalado como la “ciudad-región latinoamericana combina las peores consecuencias de un masivo crecimiento demográfico y de un crecimiento físico sin controles, con el impacto negativo de una crónica escasez de inversiones en la construcción de la infraestructura y los servicios indispensables”, lo que genera:

“...dos ciudades paralelas, estrechamente interconectadas, pero con expresiones visuales diferentes. Una, la ciudad legal, representa la historia oficial y su preocupación explícita en la construcción y administración. Otra, la ciudad ilegal, formado por los barrios precarios y las urbanizaciones ilegales... parte importante del crecimiento físico de las ciudades latinoamericanas contemporáneas” (HARDOY, 1997:273).

Se trata de una mecánica que se repite en toda la región y que parte con la destrucción del centro, con sus casonas y recuerdos, para construir edificios de oficinas:

“El casco antiguo se deteriora, mientras que el comercio, más ágil, se desplaza hacia las nuevas zonas residenciales... Las residencias lujosas se alejan a su vez siguiendo arterias radiales, en busca de espacios verdes o de paisajes, como playas o altozanos, calcando pautas anglosajonas. La capa media se instala en torres o casa unifamiliares machaconamente repetidas en los suburbios. en cuanto a los trabajadores, se agolpan en barriadas de monobloques o, a menudo, en poblados improvisados” (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, 1994:197).

¹⁴⁸ Cifras extraídas de la presentación del Ministro de Vivienda y Urbanismo de Chile Jaime Ravinet: *Suelo Urbano: Planificación con Flexibilidad*. Mesa redonda Cámara Chilena de la Construcción, 5 de mayo de 2004.

La gravedad de este problema se deja sentir en toda la región de manera lacerante. Una misma ciudad reúne en su tejido urbano segmentos que perfectamente podrían ubicarse en cualquier ciudad desarrollada con zonas que carecen de los requisitos exigibles a cualquier urbanización, coexistiendo unos y otros pese a las fuertes diferencias de sus indicadores demográficos y de bienestar social¹⁴⁹. La misma periferia responde a ese doble patrón ya que no sólo acoge urbanizaciones de tipo social, sino que también alberga algunos de los enclaves exclusivos que mencionamos en el apartado anterior.

Para la CEPAL este fenómeno ha acentuado la segmentación socioespacial de las ciudades en dos direcciones. Por un lado, “los requerimientos de exclusividad residencial de los grupos de altos ingresos han conducido a la expulsión de grupos pobres desde zonas urbanas privilegiadas”; por otro, “la acción del Estado en materia de vivienda ha favorecido la radicación de los estratos bajos en zonas de la periferia de las ciudades, aprovechando el menor costo del suelo”. Ello se agrava dado que en la región:

“...se han debilitado los tradicionales mecanismos de integración que poseían las ciudades latinoamericanas, como lo fueron la enseñanza pública, los sistemas de salud pública o, incluso, los lugares centrales de recreación y cultura” (CEPAL, 2000:23).

Veamos brevemente cada uno de estos problemas.

a) Los enclaves exclusivos: la suburbanización de las élites

A diferencia del caso europeo, donde el centro urbano tiene la capacidad de retener a las élites, en Latinoamérica lo normal ha sido el traslado de la población de

¹⁴⁹ “Estos distingos, como lo ponen de manifiesto las evidencias disponibles, existen desde largo tiempo en los países y metrópolis de la región. La tasa de mortalidad infantil en el Distrito Federal de la Ciudad de México era, en 1950, un 40% menor que en los municipios conurbados más pobres, como Tultitlán y Nezahualcóyotl; las personas de las clases más acomodadas de São Paulo, residentes de barrios exclusivos, vivían 12.3 años más que los individuos más pobres que habitaban las favelas, en 1970; en ese último año, sólo el 38% de las viviendas de Pudahuel -vasto sector habitado por grupos pobres en Santiago de Chile- estaban conectadas al servicio de alcantarillado, en tanto que los grupos de altos ingresos, por ejemplo los que residían en la comuna de Providencia, disponían de cobertura universal; también en 1970, la cobertura de la red de agua potable en Río de Janeiro iba desde 93% de los terrenos en el municipio de Niteroi hasta un 5.4% en el de Maricá. En 1978 el ingreso medio de los jefes de hogar en la comuna con población más acomodada de Bogotá era diez veces mayor que el de los jefes de hogar de la comuna con población más pobre” (RODRÍGUEZ & VILLA, 1998:47-48).

mayores ingresos a enclaves situados en áreas suburbanas, modelo proveniente de Estados Unidos. Como afirma SVAMPA, se trata de modelos de sociedad apoyados sobre tipos urbanos diferentes:

“Así, en Estados Unidos, desde mediados del siglo XIX los suburbios encarnan cabalmente el marco ideal de la familia y devienen por ello el lugar de asentamiento natural de las clases medias superiores (modelo de la ciudad-jardín), mientras que la ciudad aparece limitada a las funciones económicas y a la integración de los inmigrantes. Desde el punto de vista racial y social, este proceso de suburbanización temprana alimentó una suerte de segregación espacial, a partir de la consolidación de enclaves residenciales homogéneos. Asimismo, la ciudad, como soporte material del “vivir juntos”, no forma parte del imaginario político-ideológico de la sociedad americana... (Ghorra-Gobin, 1999)”. Al contrario de esta visión, “...la europeo mediterránea considera la ciudad industrial como centro político y económico. Ésta deviene, en consecuencia, el foco de atracción cultural de las élites. Pero además, la ciudad es concebida como el lugar de encuentro privilegiado entre categorías sociales diferentes, soporte necesario de un modelo mixto de socialización apoyado por el Estado” (SVAMPA, 2001:12).

Precisamente este último aspecto es el que se ve más debilitado en el caso de este tipo de urbanizaciones, dado que muchas de ellas están rodeadas por muros y barreras continuamente vigiladas que impiden el acceso de los no residentes equivaliendo, en la práctica, a una “privatización” de esa parte de la ciudad. De alguna manera quienes allí viven huyen de los problemas de las grandes ciudades —sobre todo la inseguridad ciudadana y la violencia urbana— buscando un refugio con personas semejantes a ellas y en un entorno rodeado de naturaleza, en un entorno rodeado de naturaleza, a veces cercano —paradójicamente— a asentamientos precarios que les suministran personal de servicio. Estas urbanizaciones adoptan la tipología de viviendas unifamiliares lo que les confiere una baja densidad. Basta considerar que 300 urbanizaciones cerradas en la periferia de Buenos Aires acogen 30.000 habitantes y ocupan 20.000 ha, superficie equivalente a la misma ciudad... pero con sólo el 1% de su población (TELLA & WELCH, 2002:319-348).

Este fenómeno será documentado en Estados Unidos, como ya veremos, para luego describirse en Brasil por CALDEIRA (2000) y en Argentina, por SVAMPA (2001), apareciendo luego numerosos trabajos sobre este tipo de asentamientos, como el volumen colectivo dirigido por CABRALES BARAJAS (2002)¹⁵⁰, o los números monográficos de las revistas *Ciudad y Territorio* N° 133-134, de 2002¹⁵¹, o *EURE*

¹⁵⁰ Puede verse una visión general sobre el tema en CABRALES B. & CANOSA Z., 2001.

¹⁵¹ Número monográfico sobre *Nuevas formas de polarización y exclusión social del espacio: las urbanizaciones enclaustradas y su tendencia hacia la ciudad privatizada en América y Europa*.

Vol. 28 N° 85, del mismo año y 34 N° 103, de 2008¹⁵², todo lo cual ha ampliando el conocimiento de esta situación a otros países de la región, principalmente México¹⁵³ y Chile¹⁵⁴. Las urbanizaciones a que nos referimos han recibido diversos nombres. En Argentina se les ha llamado “barrios cerrados”, “urbanizaciones privadas”, “countries”; en Brasil, “condominios fechados” o “condominios horizontales”; en México, “urbanizaciones cerradas” o “cotos cerrados”; en Santiago de Chile, “condominios horizontales” o “condominios de viviendas unifamiliares”.

Esta clase de segmentación socioespacial ha también llamado la atención de la doctrina española, como lo acreditan diversos trabajos de la última década (PAREJO A., 2003:5-19, BASSOLS C., BASSOLS C., 2003:103-116 y, sobre todo, PONCE S. 1999:329-354; 2001:667-685; 2003:111-144; y 2002). Y es que esta situación sólo puede sostenerse con barreras jurídicas que impidan la llegada de las personas que no se desea incorporar. El examen de la licitud de éstas será tratado en nuestro último capítulo. Dos son las vías principales de este urbanismo excluyente:

- i) Las normas de planeamiento que impiden la implantación de actividades o usos determinados; y
- ii) Los pactos celebrados por los mismos miembros de la urbanización (en algunos casos propuestos por el promotor inmobiliario para atraer a compradores interesados en este modo de vida), mediante los cuales se comprometan a cerrar los espacios públicos —en la medida que la legislación respectiva lo permita o, de no ser así, diseñando fórmulas que tengan efectos prácticos semejantes— (véase, con ejemplos españoles, GAJA I. DÍAZ, 2002:481-508) o a respetar características o conductas determinadas que eviten las presencias indeseadas¹⁵⁵.

CyT XXXIV, (133-134), 2002, 653 p. El número siguiente de esta revista se dedicó, en cambio, a las *ciudades excluidas o informales* (*infra* nota 156).

¹⁵² EURE, Vol. 28 N° 85, dic. 2002, 207 p. es un número monográfico sobre la “Transformación de las áreas metropolitanas latinoamericanas”; el Vol. 34 N° 103, dic. 2008, 192 p., es un número monográfico sobre “Exclusión, Segregación, Fragmentación”. Las aportaciones revisan los temas a nivel de Latinoamérica en general o respecto a ciudades como Buenos Aires, Santiago de Chile, Lima, Ciudad de México y Montevideo.

¹⁵³ En este caso puede verse, a título ejemplar: MOLLÁ R. & RODRÍGUEZ CH., 2002:511-548; MÉNDEZ S., 2002:491-501; y GIGLIA, 2002.

¹⁵⁴ En el caso de Santiago de Chile puede verse, a título ejemplar, HIDALGO *et al.*, 2003; SABATINI *et al.*, 2001:21-42; y ROVIRA P., 2002:351-369.

¹⁵⁵ Para el caso argentino SVAMPA cita primero las reglas formales, a saber, “desde las cloacas y la instalación del gas natural... pasando por la reglamentación de la velocidad interna y la disposición de los recolectores de basura hasta la organización de las comisiones internas de trabajo” (SVAMPA, 2001:174) hasta normas de conducta personal bastante personales. Entre estas últimas menciona el caso de una urbanización donde impedían que una mujer casada con un divorciado pudiera ser socia adherente “mientras la primera esposa de su actual marido continuara residiendo en el country”, La afectada

b) Los guettos de pobres y el crónico déficit de viviendas

La otra faz de la segmentación urbana latinoamericana son los espacios en que se sitúan las personas de menores recursos¹⁵⁶. Como ya señalamos al hablar de la ciudad ilegal o informal, su origen son las ocupaciones de terrenos normalmente periféricos, y carentes de infraestructura y servicios, sin que medie un título jurídico —o, al menos, uno válido— en favor de los pobladores que allí se asientan. Actualmente esa etapa está siendo superada por la acción habitacional pública pero los conjuntos de viviendas sociales que se construyen siguen localizándose de manera predominante en espacios periféricos y subdotados, lo que evidencia que se está privilegiando el menor coste del suelo a la hora de construir viviendas sociales. Se trata de una política pública que permite incrementar la construcción de viviendas pero que también presenta dificultades. La primera es que ese menor precio usualmente se relacionará con problemas de equipamiento e infraestructura que, a la larga, exigirán cuantiosas inversiones —desmintiendo el aparente ahorro de recursos— debido a la presión de sus habitantes. La segunda, que este sistema “favorece la pérdida de suelo agrícola y desaprovecha las zonas centrales de mejor infraestructura y servicios” (ARRIAGADA L., 2003a:46). NIETO sugiere que de estimarse todos los costos futuros de la localización de proyectos de viviendas sociales en valor presente, probablemente en muchas veces se concluiría que aquella es inadecuada (NIETO DE LOS R., 1999:9-10). De allí que ARRIAGADA postule la urgencia de desarrollar “mecanismos de planificación de la localización de la vivienda como mecanismo de fomento del desarrollo urbano y territorial y la integración social”, de manera que su localización considere el impacto urbano que inevitablemente tendrán estos conjuntos residenciales, tanto sobre sus beneficiarios como sobre el territorio donde se localizan (y, obviamente, sobre la población que habite previamente allí)¹⁵⁷.

debió recurrir a los tribunales para ser reconocida como miembro de la urbanización. *Ibíd*:169.

¹⁵⁶ Por ello CyT complementó el número monográfico sobre *urbanizaciones enclaustradas* (*supra* nota 151) con otro dedicado titulado *Viejas formas de polarización y marginación social del espacio. Las ciudades excluidas o informales y su difusión universal*. CyT XXXV, (135-136), 2002, 518 p. En él se incluyen artículos relativos a Brasil, Grecia, Argentina, Perú, Colombia y Venezuela.

¹⁵⁷ Añade este autor que “En el plano espacial, la urbanización ha avanzado, permitiendo mejoras de las condiciones de vida de los hogares, pero quedan de manifiesto importantes demandas de gestión sectorial relacionadas al manejo espacial del crecimiento urbano y la distribución de los grupos socioeconómicos” (ARRIAGADA L., 2003a:51-52).

Permitir que los ciudadanos tengan acceso a una vivienda constituye un difícil desafío para los Estados de América Latina. En 1970 se estimaba un déficit absoluto de veinte millones de unidades habitacionales para una población total de 238 millones, debiendo también sumarse “once millones de viviendas urbanas y rurales desechables y un número aún mayor que debían ser mejoradas” (HARDOY, 1997:272). La disminución del crecimiento demográfico no ha aliviado esta situación ya que la demanda de nuevas viviendas es superior al crecimiento demográfico en toda la región, en parte por la reducción del tamaño de las familias¹⁵⁸. A inicios de 1990 todavía casi el 30% de las viviendas no contaban con acceso a agua por tubería y cerca del 60% a alcantarillado, con todos los problemas sanitarios que de ello derivan¹⁵⁹. Por otra parte, para entonces se cuantificaban:

“...las necesidades de vivienda en aproximadamente 38 millones de unidades en la región (MACDONALD y otros, 1998). Un 45% de las carencias serían de tipo cuantitativo y el resto, necesidades de mejoramiento”¹⁶⁰.

En consecuencia, el déficit habitacional está lejos de solucionarse y requerirá importantes esfuerzos futuros, si bien algunos países estarían obteniendo resultados positivos (Chile, Costa Rica, Uruguay, Panamá, El Salvador y México, cfr. ARRIAGADA L., 2003b:24)¹⁶¹. Dentro de los temas críticos se encuentra asegurar “la disponibilidad de tierras a niveles compatibles con los costos máximos de las

¹⁵⁸ “De ocho países que disponen de información censal comparable para las últimas dos décadas, tres vieron aumentadas sus tasas de crecimiento de la cantidad de hogares: Panamá (de 2.8% a 3.6%); Paraguay (de 3% a 3.9%) y Perú (de 1.8% a 3.2%). En los restantes casos (Brasil, Chile, Ecuador, México y Venezuela), si bien el ritmo de aumento de las unidades domésticas se desaceleró, en términos relativos esta reducción fue menor que la del crecimiento demográfico. A modo de ilustración, cabe mencionar el caso de Brasil, cuya tasa de crecimiento de la cantidad de hogares se redujo de 3.1% en los años setenta a 2.9% en los ochenta, mientras la caída experimentada por el índice de crecimiento demográfico fue más significativa (2.5% a 1.9%)” (CEPAL, 1995:Evolución demográfica y hogares, disponible en <http://habitat.aq.upm.es/iah/cepal/a006.html>).

¹⁵⁹ CEPAL, 1995: Saneamiento, disponible en <http://habitat.aq.upm.es/iah/cepal/a006.html>.

¹⁶⁰ Según ARRIAGADA dichos cálculos se basaron en datos censales del periodo 1985-1993. Un estudio de mediados de los 90 (Schweitzer, A. Transformación Productiva de la Vivienda, 1996) estimó -para 1995- el déficit cuantitativo (necesidad de nuevas viviendas) entre 23,1 y 27,9 millones de unidades y el cualitativo (necesidad de reemplazar o reparar viviendas existentes insatisfactorias) en 25,6 millones de unidades. Con todo, conviene advertir que tras una exhaustiva revisión de la situación de los países de la región el autor pone de relieve la necesidad de contar con una metodología uniforme y adecuada para hacer estos cálculos, que aproveche las posibilidades que brinda la información sociodemográfica censal para optimizar la definición de las políticas públicas en el sector vivienda (ARRIAGADA L., 2003b:13-15).

¹⁶¹. Con todo, este autor señala que “Estas situaciones debieran ser validadas con metodologías de medición exigentes y comparables”.

viviendas sociales”, pero —como ya hemos señalado— en localizaciones adecuadas para no incrementar la segmentación social¹⁶².

c) Una elevada desigualdad

La segmentación socioespacial que comentamos no es sino la traducción territorial de un problema estructural de Latinoamérica y el Caribe: la acentuada desigualdad de ingresos que tradicionalmente ha padecido y que actualmente es la más elevada del mundo. En palabras del Banco Mundial, mientras:

“...la décima parte más rica de la población de la región percibe el 48% del ingreso total, la décima parte más pobre sólo recibe el 1,6%. En cambio, en los países desarrollados, la décima parte superior recibe el 29,1% del ingreso total, en comparación con el 2,5% de la décima parte inferior. Los coeficientes de Gini [índice q mide la desviación de la distribución de los ingresos respecto de una situación de igualdad perfecta, oscilando entre 100 —completa desigualdad— y 1 —igualdad perfecta—] indican algo similar: aunque en América Latina promediaron 52,2 en los años noventa, durante el mismo período el promedio de la OCDE, Europa oriental y Asia fue mucho más bajo: 34,2, 32,8 y 41,2, respectivamente” (en Europa es 29 para 2002 y en Estados Unidos, 34,4; DE FERRANTI, 2003:3)¹⁶³.

Uruguay, el país latinoamericano menos desigual, tiene una relación entre el decilo superior y el decilo inferior de la población de 15,8, superior a la peor relación de Europa que es de 12,2 (Italia) (DE FERRANTI, 2003:3). Si revisamos los indicadores básicos del desarrollo registrados por el Informe de Desarrollo Mundial 2003 (MUNDIAL, 2003:240-241). España alcanza un coeficiente de Gini de 32,5 (si bien en base a una encuesta de 1990) y los mejores índices europeos llegan a bajar de 25, como Dinamarca (24,7), República Eslovaca (19,5) o Hungría (24,4) dentro de los mejores del mundo (en niveles semejantes Bielorrusia, con 21,7, y Japón, con 24,9).

¹⁶² De no tener suelos de este tipo los costos de las viviendas se elevan significativamente fomentando así el “patrón de localización periférico en los centros urbanos, acentuando la segregación y encareciendo la operación de los asentamientos populares” (CEPAL, 2000:34).

¹⁶³ El coeficiente Gini es una cifra que mide el grado de desigualdad en la distribución de ingresos en una sociedad dada. El coeficiente registraría cero (0,0 = desigualdad mínima) para una sociedad si cada uno de sus integrantes recibiera exactamente el mismo ingreso, y uno (1,0 = desigualdad máxima) si sólo un integrante recibiera todos los ingresos y el resto no recibiera nada. Cfr. <http://berclo.net/page01/01es-gini-coef.html> (consultado el 15.11.2003, a las 22:37 hrs.). Para facilitar su presentación el B. Mundial refleja este indicador en una escala entre 0 y 100. En el documento citado los coeficientes se expresan en una escala entre 0 y 1. Así, p. ej., 0,522 equivale a 52,2. En este trabajo hemos optado por utilizar la metodología que usan los informes del Banco Mundial, esto es, expresamos este coeficiente en la escala 0-100.

Para colmo, Chile registra uno de los peores coeficientes de Gini con un indicador de 56,7, siendo sólo superado en Latinoamérica por Brasil (60,7), Colombia (57,1), Paraguay (57,7) y Nicaragua (60,3) —no existen datos en el informe 2003 de Argentina y Haití— y, en el resto del mundo, por 3 países (República Centroafricana, 61,3, Sierra Leona, 62,9 y Sudáfrica, 59,3, si bien se omiten los datos de otros 21 Estados). Por otro lado, si vemos la distribución del ingreso/consumo nacional ocurre que el 10% de la población más rica de Chile tiene una proporción del 45,6% dentro del ingreso/consumo nacional, cifra que se alza como la 8ª más regresiva de este informe (de entre los 112 Estados que presentan este dato). Hay que consignar que el indicador de Ginni ha sido objeto de críticas (básicamente porque no refleja los subsidios estatales que no consisten en transferencias monetarias directas), pero sería excesivo invalidarlo por ellas (Cfr. F. MEDINA, 2001).

3.2.5. Intervención del Estado y nuevos instrumentos jurídicos

a) El énfasis en la política habitacional. Ecos del urbanismo sanitario

Todo lo expuesto ha llevado a que la prioridad en materia de desarrollo urbano sea la solución del problema habitacional desde comienzos del siglo pasado. HIDALGO D., revisando el panorama de algunos países de la región, señala que en Argentina la Ley 9.677 de 1915 crea la *Comisión Nacional de Casas Baratas*, mientras que en Brasil se dicta una normativa semejante en 1926. En Colombia, la Ley 46 de 1918 exige a los Ayuntamientos reservar un porcentaje de sus recursos ordinarios (2%) para construir viviendas que se darían en alquiler. Chile será uno de los precursores con la Ley 1.838 (D.O. del 20.02.1906) que crea los *Consejos Habitacionales para los Obreros* —a semejanza de los Comités de Patronato de la Ley belga de 1889— con el objeto de impulsar la construcción de “habitaciones higiénicas y de bajo costo” para los trabajadores y fijar las condiciones que debían reunir las viviendas que se construyeran en el país¹⁶⁴. En todos estos casos puede

¹⁶⁴ En esta ley puede apreciarse la influencia de algunas legislaciones europeas y de los Congresos Internacionales de Casas Baratas (el primero de los cuales se celebró en el año 1889). Los primeros antecedentes de legislación habitacional reportados por HIDALGO se remontan a una Ordenanza sobre los cuartos redondos —vivienda que no tenía más luz ni ventilación que la que provenía de la puerta de entrada—, de 1843 [**Comentar el Decreto Supremo de 24 de febrero de 1843**]. Luego vendrían diversas concesiones y franquicias a los constructores de habitaciones para obreros establecidas por la Municipalidad de Santiago en 1883, y después un reglamento para la construcción de conventillos de 1888. Todas estas disposiciones serían recogidas por la Ley de la Comuna Autónoma de 1891. En paralelo se daría el debate higienista propio del urbanismo

apreciarse un molde común: empezar “por incentivar a las empresas” para que después el Estado asuma “la obligación de intervenir cada vez con mayor decisión en la construcción directa de nuevas viviendas” (HIDALGO D., 2000).

Ya hemos comentado la impotencia de estas normativas para asimilar al caudaloso flujo de población que se desparrama por las ciudades latinoamericanas. Desde un prisma jurídico la denominada ciudad informal, esto es, la que corresponde a los asentamientos precarios que se van formando, puede originarse de dos formas. Por un lado, con la invasión de terrenos particulares, tanto si los propietarios la repelen como si la toleran (este segundo caso no es tan extraño como puede parecer, dado que una invasión puede motivar una futura recalificación o reclasificación). Por otro, con la venta de lotes de terreno por sus dueños sin respetar las normas sobre urbanización, infracción que normalmente vicia la transferencia de la propiedad además de generar espacios habitados que carecen de servicios y equipamientos.

“Esas dos formas de ocupación de la tierra representan transgresiones de muy diversa naturaleza. En el primer caso, lo que se transgrede es el derecho de los propietarios originales; en el segundo, una legislación de carácter administrativo a través de la cual el Estado ha fijado determinadas condiciones para reconocer la «legalidad» de un nuevo espacio urbano” (AZUELA DE LA CUEVA, 1993:9).

De esta manera aparece una línea de trabajo previa al tema habitacional, a saber, como regularizar la tenencia de la tierra y la urbanización faltante. Se han planteado diferentes fórmulas para luchar contra este problema y aunque existen experiencias positivas aún la informalidad sigue presente en la región (en algunos países de forma más que significativa), con sus secuelas de subdotaciones, abusos e inseguridad jurídica.

“En Lima y Caracas ha crecido de un 15% y 20%, aproximadamente, en los años cincuenta y principios de los sesenta, al 35% y 50%, en los años setenta y principios de los noventa, respectivamente. Las estimaciones dan cuenta de que en Lima más del 40% o 50% de la población vive ahora en hábitat informal. En Río de Janeiro y Belo Horizonte la población “favelada” es del 20%; en São Paulo, del 22%; en Salvador y Fortaleza, de alrededor del 21%. En Quito, aproximadamente el 50% de los asentamientos son ilegales;... Por último, en Venezuela, el 48% de la superficie construida de la ciudad de Maracaibo corresponde a inmuebles asentados ilegalmente (Petzold, 2000) y en Recife, del 46%” (CEPAL, 2000:25-26).

En paralelo seguirán expandiéndose y diversificándose las iniciativas para construir viviendas a precios accesibles, sea por la vía del otorgamiento de

sanitario como testimonio un nuevo Reglamento para la construcción de conventillos de 1899, también de la Municipalidad de Santiago. Entre 1883 y 1906 se presentarían, por último, 7 proyectos de ley sobre viviendas obreras. (HIDALGO D., 2005:25-31). Puede verse un apretado resumen de los inicios de esta legislación en (HIDALGO D., 2000).

subsidios para que con ellos (y sus propios recursos, si es el caso) sus beneficiarios adquirieran viviendas en el sector privado (así, por ejemplo, los casos de Colombia, Costa Rica y Chile, *cfr.* HELD, 2000 y SZALACHMAN, 2000) o por la de entregar viviendas construidas por el Estado (a través de una gestión directa o indirecta).

b) El planeamiento urbanístico y la germinación de un Derecho urbanístico.

Durante el siglo XX se difundirá en la región la técnica del planeamiento urbanístico. En el caso de Argentina y Brasil existen antecedentes acerca de la inquietud de disponer de este tipo de instrumentos en 1906 y 1911, respectivamente, elaborándose los primeros planes en la década del 20. En estos inicios será frecuente la colaboración de profesionales europeos, ampliamente reconocidos como pone de relieve la ya comentada visita de LE CORBUSIER a dichos países y Uruguay en la década de los 20. En Brasil, por ejemplo, se contrató en 1927 al urbanista francés Alfred AGACHE para diseñar el plan de Río de Janeiro (OUTTES, 2002:14). A partir de 1929 trabajará en Chile el arquitecto vienés Karl BRUNNER, que ampliará luego sus asesorías a Colombia (1933) —donde incluso se radicaría algunos años a partir de 1938— y Panamá (1941)¹⁶⁵. José L. SERT y Paul WIENER —arquitectos del grupo de los CIAM— elaboraron planes para algunas ciudades colombianas (Tumaco, Medellín, Cali y Bogotá) entre 1948 y 1953 (SCHNITTER, 2003). Se trata de esfuerzos que se replicarán en todo el continente pero que no parecen superar la lógica del diseño urbano y las obras públicas concretas. Aún se está lejos de redefinir con carácter general el estatuto del derecho de propiedad, como estaba ocurriendo en Europa.

La ya comentada centralidad del problema habitacional postergará la discusión del urbanismo como ordenamiento general, asunto por lo demás difícil de abordar dada la debilidad de los Estados latinoamericanos y la concepción liberal del derecho de propiedad predominante en la región. Una compilación que trata de sistematizar las experiencias en materia de captura de plusvalías urbanísticas en Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, México, Perú y Venezuela abona lo anterior (SMOLKA & FURTADO, 2001). El catálogo de instrumentos reportados incluye: a) la contribución de mejoras, b) el impuesto inmobiliario, c) el impuesto a la renta, d) algunos mecanismos de negociación puntuales con sujetos que se ven o verán favorecidos por la regulación urbanística, e) tributos específicos a las plusvalías derivadas de cambios en las normas de planificación y f) la expropiación de franjas laterales de futuras obras viales. Sin embargo, ninguno de los países

¹⁶⁵ Una visión general de su obra en estos países y Viena en la *Revista de Arquitectura de la Universidad de Chile* N°8, segundo semestre de 1996, 55 p.

estudiados contempla el listado completo, sea porque no admite algunas técnicas o, simplemente, las admite sólo teóricamente y no reciben aplicación. La impresión final es la de un catálogo de experiencias fallidas (Cfr. SMOLKA & AMBORSKI, 2003). Con todo, hay signos positivos en los últimos años que conviene reportar.

i. Colombia.

La Ley 9, de 11 de enero 1989, de reforma urbana, contenía elementos progresistas que se enlazaban con una experiencia bastante positiva en el cobro de contribuciones de mejoras desde los sesenta y la práctica planificadora que había instalado K. BRUNNER. Pero la Constitución de 1991, tributaria en buena medida de la CE, exigirá profundizar ese camino, pues:

- Abandona el concepto liberal del Derecho de propiedad acogiendo una visión funcionalista: “La propiedad es una función social que implica obligaciones” (art. 58.2);
- Reconoce el derecho a una vivienda digna (art. 51) y
- Establece que las entidades públicas deben participar en las plusvalías urbanísticas que generen (“Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común”, art. 82.2 que sigue parcialmente el art. 47 CE).

La necesidad de adecuar el marco urbanístico a la Constitución lleva a la aprobación de la Ley 388, de 18 de julio de 1997, que representa un avance sustantivo en la concepción del urbanismo. En efecto, proclama que el urbanismo y la ordenación del territorio constituyen una función pública (art. 3) y establecen un tributo por *participación en las plusvalías* aplicable a las rentas del suelo generadas por cambios en las normas urbanísticas, aumento del aprovechamiento permitido o ejecución de obras públicas, con tal que los incrementos provinieran de decisiones adoptadas en el marco de un plan urbanístico general, sometido a discusión política y técnica (MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO, 1997; cfr. la situación de las plusvalías en JARAMILLO, 2001:71-98).

ii. Brasil.

En este caso destaca la constitución de un frente por la reforma urbana en los años setenta que llevará a que la Constitución Federal de 1988, que marca el retorno a la democracia de este país, aborde explícitamente el desarrollo urbano, tal como Colombia. Además de señalar que el derecho de propiedad “atenderá a sua função social” (art. 5, XXIII) permite, derechamente, exigir al propietario de “solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento” (art. 182 § 4), bajo sanciones que pueden llegar a la

“desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais” (art. 182 § 4.III).

Sobre esta base es que en 2001 se dictó la Ley Federal 10.257 o *Estatuto de la Ciudad*, que desarrolla los principios constitucionales y que constituye, actualmente, una de las normas más avanzadas del urbanismo latinoamericano¹⁶⁶.

iii. Venezuela.

Su Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, de 16 de diciembre de 1987, constituye un cuerpo sistemático que regula de manera completa la actividad urbanística dotando a la Administración de amplios poderes, siguiendo la línea marcada por la Ley de Ordenación del Territorio de 1983 (BREWER-CARIAS, 1991) y permitiendo superar, en buena parte, la ausencia de un Derecho urbanístico que denunciaba la doctrina en 1983:

“...el derecho que ha guiado el proceso de urbanización ha sido un derecho concebido al servicio del interés particular y de la propiedad privada, casi absoluta. Por eso, con razón, también podemos decir que en Venezuela carecemos de un derecho urbanístico; y sólo hemos tenido, a lo sumo, un derecho relativo a la urbanización” (BREWER-CARIAS, 1983:18; cfr. 1979:325-337).

Actualmente existe una incipiente bibliografía sobre el Derecho urbanístico venezolano (p. ej. BADELL, 1999; ROSITO A., 2003:3080-3105; y BREWER-CARIAS, 1989).

iv. Chile.

En cuanto al caso chileno, que es el que mejor conocemos, las primeras normas urbanísticas tras la independencia corresponden a leyes especiales para las ciudades más importantes, vale decir, Santiago (Ley del 25.06.1874), Valparaíso (Ley de 1876)¹⁶⁷ y Concepción (Ley de 1912)¹⁶⁸, que contendrán normas sobre alineaciones y ordenanzas constructivas. A modo de ejemplo, la Ley de Santiago de 1874 ordenaba que:

“Las nuevas construcciones que se emprendan en la acera del Poniente de la calle de Negrete se retirarán en su línea el espacio suficiente para formar una avenida de

¹⁶⁶ El texto en español está disponible en http://www.polis.org.br/publicacoes/download/arquivos/estatuto_de_la_ciudad.pdf. En materia de plusvalías puede verse el panorama anterior a esta ley en (SANDRONI, 2001:37-70).

¹⁶⁷ Publicada en “El Araucano” N°4.804.

¹⁶⁸ Ley N°2.658, sobre “Disposiciones a que debe sujetarse la construcción de edificios i la apertura, ensanche, unión y prolongación o rectificación de calles, avenidas y plazas en la ciudad de Concepción” (sic), publicada en el D.O.13.06.1912.

50 mts. en toda su extensión, comprendida entre la Alameda de las Delicias i el rio Mapocho” (art. 3º); “Los edificios que se construyan en adelante en las calles actuales o de 10 mts., no podrán tener mayor elevación que la de 12 mts.; i en las nuevas calles i en las que se prolonguen, de 20 mts., cuando fueren de material de ladrillo o piedra; i de 15 mts. si es de adobe u otro material...” (art. 6º). También se limitaba al propietario de casas esquina, “...cuyo frente dé a una calle que tenga menos de 15 metros de anchura, (pues) estará(n) obligado(s), en caso de reedificarlo, a ochavar la esquina con una línea de 4 mts. por la parte exterior del edificio” (ANGUITA, 1912:338-340)¹⁶⁹.

La Ley Nº 2.658 sobre la ciudad de Concepción evidencia notorios avances en la técnica urbanística. Aparece, por ejemplo, una plan de alineaciones (“El trazado de las calles, plazas y avenidas se sujetarán a las líneas fijadas en el plano acordado por la Municipalidad que apruebe el Presidente de la República”, art. 2) y se insiste en la licencia municipal para las urbanizaciones de terrenos, especificando las obligaciones de los urbanizadores.

“Para que la Municipalidad pueda aceptar la apertura de un nuevo barrio o población, es necesario que el interesado se obligue a entregar las calles pavimentadas, con sus servicios de alcantarillado, iluminación i agua potable, i sus aceras en la forma i condiciones que dicha Municipalidad acuerde con arreglo a las leyes” (art. 3).

Se exige, además, permiso previo para edificar al costado de bienes nacionales de uso público (calles, plazas, etc.), acompañando un plano o croquis especificativo de la obra (art. 4º), y se establece el derecho a indemnización para quienes deban ceder terrenos para el uso público (art. 10) **(Revisar)**.

La Ley de Municipalidades de 2 de diciembre de 1891 dotará a estos organismos de potestades de intervención más intensas¹⁷⁰. En 1896 se empezará a exigir la conexión al alcantarillado¹⁷¹ y el art. 8 de la Ley Nº 2.960, de 23.01.1915, añadirá a la Ley de Municipalidades una redacción bastante completa de las obligaciones del

¹⁶⁹ Modificada en 1909 por la Ley Nº 2.203, que exigirá permiso previo de la autoridad para edificar en la capital de la República (arts. 6 a 11).

¹⁷⁰ Por ejemplo, las facultades para fijar los límites urbanos y las condiciones en que podían entregarse al uso público nuevos barrios (art. 25 Nº1), ordenar el aseo de la parte exterior de los edificios una vez al año (art. 25 Nº3), reglamentar la construcción de edificios u otras obras al costado de las vías públicas determinando las líneas correspondientes y las condiciones que debían llenar *para impedir su caída* (Nº10), etc. (CHILE, 1891:261 y ss.). También hay normas en este sentido en los arts. 24 Nº2, 4 y 8, o 25 Nº4, 12, 13, etc.

¹⁷¹ La Ley Nº 342, de 16.12.1896, establecerá el servicio obligatorio de desagües por medio de alcantarillas y cañerías, limitando a los propietarios de bienes raíces situados en barrios en que se coloquen alcantarillas al obligarlos a conectarse a ellas, para lo cual debían instalar las cañerías y demás aparatos que el servicio de desagües requiriese “a su propia costa”, y permitir, además, el ingreso a su domicilio de los funcionarios encargados (arts. 1 y 2). ANGUITA, T. III:363.

urbanizador que además reafirmaba la necesidad de obtener aprobación municipal para subdividir y vender los solares correspondientes a un nuevo barrio.

“Se agregan al N°1 del artículo 25 de la Lei de Municipalidades los incisos siguientes: / «No se podrá proceder a la formación de nuevos barrios dentro de los límites urbanos de las ciudades, por medio de la división de propiedades i de su venta en sitios, sin que los interesados hayan sometido previamente a la aprobación de la Municipalidad el plano respectivo, en el cual se determinará la ubicación i dimensiones de las vías i plazas que se propongan formar. / Una vez aprobado el plano, el dueño del terreno deberá otorgar una escritura pública con el Fisco, en que ceda gratuitamente al dominio nacional de uso público la parte destinada a dichas vías i plazas. Esta escritura se inscribirá en el Registro Conservador de Bienes Raices, para cancelar el dominio privado de esos bienes. / El dueño del terreno estará obligado a pavimentar a su costa, i en la forma que determine la Municipalidad, las nuevas calles i sus aceras, las avenidas y plazas; a instalar el servicio de alumbrado público que la misma ordene; a dotar al barrio de las instalaciones requeridas para los servicios de agua potable i desagües higiénicos. Todas estas obras pasarán a ser de propiedad municipal desde que se entreguen al servicio. La Municipalidad podrá exigir el establecimiento del alcantarillado en las ciudades en que este servicio no exista. En este caso, el dueño del terreno, si el terreno fuere regado, deberá ceder, a beneficio de la Municipalidad, la dotación de agua corriente necesaria para abastecerlo. / Las construcciones que se emprendan en las nuevas poblaciones o barrios deberán consultar, a lo menos, las condiciones de seguridad, higiene i apariencia exterior adoptadas en las construcciones oficiales de casas para obreros del Consejo Superior de Habitaciones Obreras. / Los sitios deberán cerrarse, a lo ménos, con malla de alambre. / Las disposiciones que contiene el presente número se entenderán sin perjuicio de las medidas de protección que establece la ley número 1,838, de 20 de Febrero de 1906. / El Presidente de la República fijará, cada diez años, por medio de un decreto, los límites de la parte urbana de las ciudades capitales de provincia»” (sic, cfr. en Boletín de Leyes, T. 84, 1915, p. 8 y 9).

La primera norma urbanística sistemática chilena es consecuencia del devastador *primer* terremoto de Chillán (1 de diciembre de 1928), que puso de relieve la importancia de mejorar las técnicas constructivas en el país y la necesidad de incrementar el ritmo de la construcción para atender en plazos prudentes la demanda insatisfecha de las familias sin vivienda. La Ley N°4.563 (D.O. 14.02.1929) autorizó al Presidente para dictar “ordenanzas generales” en materia urbanística, dictándose con esta habilitación el D.F.L. N°345 de 1931 (D.O. 30.05.1931), que constituye la primera Ley y Ordenanza General sobre Construcciones y Urbanización chilena (cfr. BRAHM G., 1999:72-75), paralela a la legislación

habitacional que sigue su propio curso¹⁷². 20 años después del D.F.L. N°345/1931 se dictará la segunda Ley General de Construcciones y Urbanización (BRAHM G., 1999:135-138), el D.F.L. N°224/1953 (D.O. 05.08.1953), que entre sus motivaciones expresa la necesidad de “reducir las exigencias para la construcción de habitaciones económicas, como un complemento del plan general del Estado de solución integral del problema de la vivienda”¹⁷³. Todavía entonces importantes normas urbanísticas –como las obligaciones del urbanizador- seguirán ubicadas en la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades de 1955 (Ley N°11.860, D.O. 14.09.1955)¹⁷⁴.

En menos de una década el D.S. N°1.050/1960 (D.O. del 09.07.1960) fijará el texto “definitivo” del D.F.L. N°224, cuya fisonomía recuerda en muchas de sus normas a la legislación actualmente vigente¹⁷⁵ y en sólo tres años el D.S. N°880/1963 (D.O. del 16.05.63) repetirá el ejercicio fijando otra vez más el texto del D.F.L. N°224/1953, esta vez incluyendo las normas de la Ley N°6.071, sobre propiedad horizontal. En lo demás seguirá a sus antecesoras con pocas modificaciones.

En 1967 la Ley 16.391 creará el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, contemplando cinco empresas autónomas relacionadas con la cartera: la Corporación de la Vivienda, la Corporación de Servicios Habitacionales, la Corporación de Mejoramiento Urbano, la Corporación de Obras Urbanas y la Caja Central de Ahorros y Préstamos”¹⁷⁶.

La dictadura militar será autora de la legislación actualmente vigente. En ejercicio de las facultades delegadas por el Decreto Ley N° 602¹⁷⁷ dictará el D.S. N° 458/1975¹⁷⁸ que fija el actual texto de la Ley General de Urbanismo y

¹⁷² El D.L. N°308 (D.O. 17.03.1925) de “Habitaciones baratas” sustituye a la Ley N°1.838. Luego, la Ley N°5.950 (D.O. 10.10.1936) creará la Caja de la Habitación Popular, dependiente del Ministerio del Trabajo, y destinada “al fomento de la edificación de viviendas salubres y de bajo precio”. Tras el desastroso *segundo* terremoto que sufrió Chillán (esta vez 8.3 grados en la escala de Richter y con una estimación de 28.000 muertos) se dictará la Ley N°6.334 (D.O. 28.04.1939), que origina la Corporación de Reconstrucción y Auxilio para atender a los damnificados y promover la edificación de viviendas otorgando préstamos a particulares.

¹⁷³ Los otros fundamentos invocados son la necesidad de crear una planificación de rango intercomunal, la represión de los loteos irregulares, la solución de los problemas que aquéllos originaban (esto es, el surgimiento de asentamientos humanos carentes parcial o totalmente de obras de urbanización) y, finalmente, el perfeccionamiento del procedimiento expropiatorio para el cumplimiento de las determinaciones de los planos reguladores.

¹⁷⁴ P. ej., los arts. 51 N°2 y 3, o 52 N°1 y 10.

¹⁷⁵ P. ej., el artículo 8 regula el planeamiento de manera muy semejante a la legislación actual.

¹⁷⁶ D.O. 16.12.1965.

¹⁷⁷ D.O. 07.08.1974.

¹⁷⁸ D.O. 13.04.1976.

Construcciones (en adelante LGUC) recogiendo buena parte de las normas que le precedieron y derogando al D.F.L. N°224/1953. Nuevamente estamos en presencia de legislación delegada¹⁷⁹.

Pese a la dilatada trayectoria de estas normas pareciera que ellas no han transformado a la actividad urbanística como función pública sino parcialmente. En efecto, esta cualidad es predicable del planeamiento -que clasifica y califica el suelo, siguiendo la nomenclatura española- y de la disciplina urbanística. Pero no ocurre lo mismo con la ejecución del planeamiento, estructurada como una actividad privada. El ordenamiento chileno es tolerante con la retención especulativa de terrenos, de forma que la decisión de incorporarse al proceso urbanizador y/o edificatorio corresponde privativamente al propietario del suelo, quien no puede ser expropiado por su pura inactividad. Por ello se ha señalado que en Chile “...la *urbanización* y la *construcción* han sido colocadas en el ámbito de la actividad privada... aunque sujeta a una intensa intervención administrativa” (CORDERO Q., 2002:77, cursivas en el original). De allí que resulta cuestionable considerar que el urbanismo sea en Chile una función pública, aunque existen autores que estiman que se trata de una cuestión de intensidad:

“...en Chile el urbanismo es una función pública, pues las decisiones básicas sobre la transformación del suelo y la localización de los elementos urbanos... están disociadas del derecho de propiedad... y se radican en órganos públicos... Esto no obsta a que la publicación del urbanismo en Chile no alcance los niveles y la profundidad del Derecho español” (CORDERO Q., 2002:77).

3.2.6. El modelo estadounidense y su influencia.

a) El proceso de urbanización en Estados Unidos. Recelo de la ciudad concentrada.

Las ciudades latinoamericanas guardan algunos interesantes paralelismos con las ciudades estadounidenses, lo que no es de extrañar dados sus orígenes relativamente comunes. Incluso, como es bien sabido parte del territorio estadounidense fue colonia española. Pero también Estados Unidos tiene la

¹⁷⁹ Si bien se dictó sólo como un Decreto Supremo su naturaleza es la de un Decreto con Fuerza de Ley que refunde textos anteriores en virtud del mandato del D.L. N°602 (“Facúltase al Ministerio de Vivienda y Urbanismo para suspender la vigencia, derogar, modificar o adicionar de inmediato todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, relativas a construcciones o urbanización... Estas facultades se ejercerán mediante decretos supremos...”). La amplitud del decreto ley delegatorio exorbitaba las normas de la Constitución de 1925 (y las vigentes, de 1980) pero no resultó inconstitucional, pues en cualquier caso el D.L. 788 (D.O. 02.02.1974) —dictado por la Junta militar “ejerciendo” el poder Constituyente— convalidó este tipo de situaciones.

impronta de la cultura anglosajona y un elevado desarrollo económico que le ha llevado a ser una de las potencias preponderantes del siglo XX, factores que lo diferencian de Latinoamérica.

A inicios del siglo XX la población urbana de este país superaba el 25% como Francia o Argentina y posteriormente ha experimentado una evolución que sigue un camino semejante al de Sudamérica, si bien es superior el porcentaje concentrado en ciudades entre 1 y 5 millones de habitantes, y el ubicado en ciudades de entre 1 y 0,5 millones. A la inversa, los extremos —ciudades con más de 10 millones o menos de 500.000— son inferiores.

Estados Unidos de Norteamérica:

Evolución y proyecciones urbanización, 1950-2030.

	% urbano 1950	Pob. Urb. 1950	% urbano 2000	Pob. Urb. 2000	% urbano 2030	Pob. Urb. 2030
Estados Unidos	64,2	101.242	79,1	225.434	86,8	321.682

Fuente: Elaboración propia, sobre los datos de United Nations Population Division, World Urbanization Prospects: The 2003 Revision, Tabla A.2 y A.3, p. 37-8 y 47-8.

Norteamérica:

Distribución de la pob. urbana (%) según el N° de habitantes del asentamiento.

	Asentamientos con 10 MM o +	Asentamientos entre 10MM y 5MM	Asentamientos entre 5MM-1MM	Asentamientos entre 1MM- 0,5MM	Asentamientos con menos de 0,5MM
Norteam. 1975	8,8	8,9	30	10,3	41,9
Norteam. 2000	11,9	5,4	34,1	10,9	37,7
Norteam. 2015	10,7	12,3	30,3	10	36,6

Fuente: Elaboración propia, sobre los datos de United Nations Population Division, World Urbanization Prospects: The 2003 Revision, Tabla A.17, p. 184.

Lo interesante del modelo estadounidense es que sus ciudades también son recientes y han vivido un proceso de expansión horizontal. Por otra parte, si bien se formaron importantes concentraciones urbanas en el siglo XIX —Chicago, por ejemplo, pasó de ser un poblado en 1830 a tener dos millones de habitantes en 1900— permanentemente han existido pensadores contrarios a estas aglomeraciones. Ya en 1899 A. WEBER expresaba su confianza en el desarrollo de ciudades suburbanas que disminuyeran la intensidad de estas concentraciones (WEBER, 1967:458-459) y posteriormente los sociólogos de la denominada Escuela de Chicago insistirían en los problemas de las grandes aglomeraciones, especialmente Louis WIRTH que veía en ellas una forma de vida que provocaba desequilibrio y desviaciones. En su opinión, las concentraciones humanas se

caracterizaban por relaciones superficiales, impersonales y transitorias, y la densidad generaba segregación funcional y humana. Este panorama —nada de estimulante, por cierto— podía llevar a que algunas personas desarrollaran comportamientos desviados e incluso patológicos y sólo cambiaba en algunos barrios que preservaban las peculiaridades de las comunidades pequeñas, pero que finalmente eran absorbidos por las pautas anteriores (cfr. WIRTH, 1938:1-24)¹⁸⁰.

En este contexto se insertan las tendencias que CHOAY denominó *naturalistas*, caracterizadas por su “aversión a un mundo «desnaturalizado»” y la “nostalgia de una relación formadora con la naturaleza” (CHOAY, 1983:95; cfr. *supra* nota 71). Un ejemplo es *Broadacre* (vastos acres), la ciudad proyectada por el arquitecto estadounidense Frank Lloyd WRIGHT en la década de 1930 que apela al contacto del hombre con la naturaleza en un modelo de suburbanización acéntrica y dispersa, que ocupa terrenos rurales y asimila las edificaciones a la naturaleza (como ocurre con muchos de los edificios singulares que dieron celebridad a este arquitecto). Una vasta red circulatoria conecta a todos los habitantes y a los equipamientos sociales, que con su abundancia compensan su tamaño relativamente pequeño¹⁸¹. Se trata de un modelo de resonancias utópicas, conectado con la idea de una democracia verdadera u orgánica¹⁸² y que aspira también a un suelo accesible para

¹⁸⁰ Tomamos la síntesis del pensamiento de Birth de BERRY, 1975:40-42 y 65-72 y GIDDENS, 2002:723-725. Según BERRY el modelo de Wirth “consta de dos componentes: uno sociológico, basado en Durkheim, y otro psicosociológico, tomado de Simmel. A nivel estructural, consideraba que el tamaño, la densidad y la heterogeneidad conducían sucesivamente a la diferenciación, a la formalización de instituciones y a la anomia. A nivel de comportamiento, estimaba que el urbanismo provocaba respuestas altamente selectivas a la estimulación nerviosa, riesgos de sobrecarga psicológica y oportunidades para una gran movilidad, aunque también un proceso de adaptación al medio urbano en términos de aislamiento social y de desviaciones” (BERRY, 1975:41-42).

¹⁸¹ Como ya anticipamos, CHOAY considera que esta propuesta es heredera de ciertas tendencias antiurbanas presentes en los Estados Unidos de Norteamérica durante el siglo XIX. (CHOAY, 1983:59-63; sobre tales tendencias, 36-38). Pueden verse fragmentos de la obra de WRIGHT en CHOAY, 1983:363-381 (concretamente de *The living city*. Nueva York: Horizont Express, 1958).

¹⁸² Para WRIGHT los nómades viven el ideal de la libertad y la democracia. La gran ciudad es su negación, una institucionalidad que oprime la libertad: “Institución es sinónimo de muerte. Este ideal de un estado de naturaleza está en la entraña misma de la democracia orgánica y, por consiguiente, de la arquitectura orgánica”. El proyecto de Broadacre “es la idea realizable de una ciudad orgánica, social y democrática que resultará de una sociedad creadora; en una palabra, será la ciudad viva. De este modo, no sólo se destierra el «piso alquilado» y la esclavitud del salario, sino que se crea el verdadero capitalismo. El único capitalismo posible si la democracia tiene un mínimo porvenir” (CHOAY, 1983:368-9 y 377-8).

todos (con una unidad mínima de un acre —4.046,86 m²— para cada familia), sin dar recetas precisas para lograrlo¹⁸³.

b) *Urban sprawl*: un modelo de crecimiento disperso

La urbanización de Estados Unidos en el siglo XX no ha seguido estos patrones utópicos pero si se ha distinguido por la expansión en baja densidad conocida como *urban sprawl*, esto es, un:

“...crecimiento suburbano y exurbano de baja densidad que se extiende de una manera ilimitada y no contigua (por saltos) desde el centro metropolitano de un área construida hacia fuera. Este modelo de desarrollo está asociado al paisaje de *hipersprawl* (urbanización hiperdiseminada o hiperdispersa) dominado por el automóvil y creado durante la última mitad del siglo XX en los Estados Unidos” (ZIEGLER, 2001:202)¹⁸⁴.

Cabe destacar, además, que la expansión inmobiliaria es constante: la mitad de las de todas las oficinas y centros comerciales de este país son posteriores a 1980 y las tasas de crecimiento poblacional no guardan relación con las de extensión urbana (entre 1970 y 1990 la población de Chicago creció un 4% y su superficie destinada a urbanizaciones residenciales aumentó un 46%) (ZIEGLER, 2001:201 y 204-205).

El desarrollo de este modelo ha sido posible merced a dos factores (MÉNDEZ & MOLINERO, 2000:291):

- La “escasa intervención del poder público como agente activo en la construcción de la ciudad, limitada a una política de vivienda y renovación urbana puntual, de carácter asistencial, con la consiguiente hegemonía de los agentes privados”, cuestión que “ha convertido el mecanismo de los precios en el mercado del suelo e inmobiliario en el dispositivo esencial para su asignación entre los diferentes usos y clases sociales”; y
- “la mejora del transporte y la difusión del automóvil privado, junto a los altos niveles de renta”.

¹⁸³ Afirma que “si la arquitectura orgánica se dirige a toda la humanidad, es preciso que se ponga el suelo a disposición de todos, en condiciones honradas; debe poder ser considerado legalmente como un elemento con valor propio, tan directamente accesible para el hombre como cualquier otro elemento. Una vez abolidas la tiranía de los privilegiados y del propietario-fantasma de bienes raíces y las servidumbres impuestas por el dinero, por las máquinas y todo ese tipo de fuerzas, los edificios de la ciudad se alzarán libremente en espacios verdes o discurrirán perezosamente por el flanco de las colinas, con las que formarán un todo” (CHOAY, 1983:372).

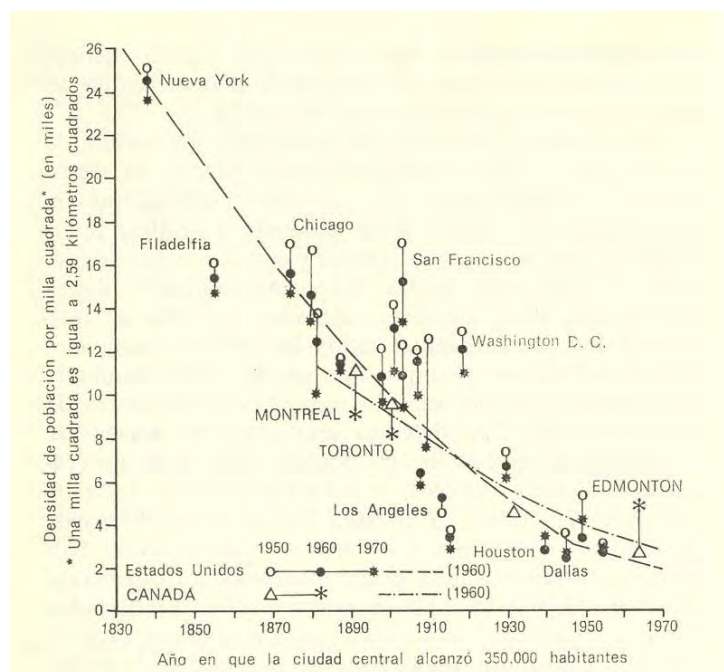
¹⁸⁴ [FALTA REVISAR DE NUEVO Y CITAR: La práctica urbanística emergente en los Estados Unidos: Un análisis desde la perspectiva europea. (SÁNCHEZ DE MADARIAGA, 1998) Sánchez de Madariaga, I. (1998) 169p.]

En cuanto a esto último, BERRY ha puesto de relieve como los avances en materia de transportes y comunicaciones han hecho que cada generación pueda vivir más alejada que la anterior, con lo cual cada nueva expansión urbana tiende a ser menos densa que sus predecesoras:

“...cuanto más reciente es el crecimiento de la ciudad, mayor es su dependencia de las nuevas tecnologías (automóviles, camiones y sistemas modernos de telecomunicación)”, facilitando estas últimas cada vez más la dispersión (BERRY, 1975:73)¹⁸⁵.

De hecho, si se analizan las densidades de las ciudades se detecta que si originalmente tenían:

“...tendencia central y forma cónica... han *caído* progresivamente a través de los años, lo cual significa densidades decrecientes en el centro de la ciudad, rápida expansión hacia el exterior de las áreas metropolitanas y densidades cada vez más uniformes en las regiones urbanas” (BERRY, 1975:84-85, citando los estudios del economista Edwin Mills, 1972).



¹⁸⁵ “La metrópoli industrial se desarrolló en virtud de que la proximidad significaba bajo costes de transporte y comunicación... Pero la reducción de las distancias implicaba densidades más altas, alquileres elevados, pérdida de intimidad, etc. Virtualmente, todos los avances tecnológicos de los últimos tiempos han servido para disminuir las restricciones del espacio geográfico y los costes de concentración” (*Ibid.*).

Figura 3: Relación entre la edad de las grandes ciudades de Norteamérica y sus distintas densidades de población en los años 1950-70 (Fuente: BERRY, 1975:74).

Este crecimiento se realiza fundamentalmente en torno a áreas metropolitanas que han alcanzado magnitudes muy importantes. En 1966 el geógrafo Jean GOTTMAN usó el término *megalópolis* para resaltar la enorme dimensión de los sistemas urbanos que formaban las metrópolis más interrelacionadas. El paradigma era la costa nordeste de los Estados Unidos, desde Boston a Washington, cuyas ciudades actualmente “agrupan en conjunto más de 50 millones de personas a lo largo de un eje de paralelo a la costa de apenas 650 kilómetros de longitud, junto a la cuarta parte de la producción manufacturera y un tercio de los intercambios comerciales” (MÉNDEZ & MOLINERO, 2000:290).

Ya mencionamos que el proceso de concentración perdió vitalidad en los años setenta debido al fenómeno del *contraurbanismo*, caracterizado por un mayor crecimiento de las ciudades medias y de los asentamientos en áreas rurales. De hecho, su observación se inicia en Estados Unidos y de allí se extiende a los demás países desarrollados¹⁸⁶. Sin embargo, el dinamismo de las áreas metropolitanas se ha recuperado en la última década, predominando eso sí el crecimiento disperso.

c) Los costos ambientales del *Urban sprawl*

Dos son las grandes críticas que recibe esta modalidad de desarrollo urbano. La primera es que resulta extraordinariamente costosa (*cfr.* BANK OF AMERICA, 1995). Se estima que Estados Unidos, poseyendo apenas el 5% de la población mundial, consume el 25% del petróleo que se extrae, destinándose la mitad de éste al consumo de los automóviles privados que permiten circular entre las cada vez más extensas distancias, en circuitos denominados «daily urban systems» (ZIEGLER, 2001:209)¹⁸⁷. Así, la disponibilidad a precios asequibles de este combustible resulta vital para la forma de vida de estadounidense (y no debe extrañar que se identifique como móvil de sus últimas actividades bélicas, deplorables y costosas ya no sólo en términos económicos sino sobre todo, humanos). Por otra parte, también debe considerarse el valor que representa la inevitable subutilización de las infraestructuras que deben construirse para posibilitar la dispersión (carreteras,

¹⁸⁶ Cfr. *supra* notas 111 y 112.

¹⁸⁷ BERRY denomina «daily urban systems» (sistemas urbanos diarios) a las aglomeraciones urbanas dispersas que exigen a sus habitantes largos viajes de ida y regreso todos los días, para “dar una idea del flujo y reflujo diarios, determinantes de la cohesión del sistema” (BERRY, 1975:82).

tendidos de redes, etc.) y que, según algunos estudios, podría estimarse en diez mil millones de dólares por año (ZIEGLER, 2001:210).

d) Los costos sociales del *Urban sprawl*: la segmentación socioespacial

La segunda crítica es el creciente proceso de segregación espacial y exclusión social que ha favorecido el patrón de crecimiento difuso y que ya se anticipaba en la década de los sesenta, como lo demuestra el informe de la *National Advisory Commission on Civil Disorders* (o *Kerner Commission*) que en 1968 advertía el riesgo de una mayor fragmentación socio-urbana y el surgimiento de asentamientos fortificados¹⁸⁸. En 1976 BERRY insistía en estos problemas¹⁸⁹ y describía como las élites y clases medias escapaban a los suburbios buscando enclaves de relativa homogeneidad:

“...un estilo de vida previsible, un territorio libre de la competencia de status, con vecinos «justamente como él», que se hallen en fases muy similares de su ciclo vital, un área segura y libre de minorías étnicas o raciales que atenten contra su status, un refugio contra la complejidad donde se sienta protegido por medios legales, institucionales o de cualquier otro tipo frente a cualquier eventual amenaza contra todo aquello que ha sido adquirido” (BERRY, 1975:92)¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Esta Comisión fue creada por el presidente Lyndon Johnson en 1967, a raíz de una serie de desórdenes por motivos raciales ocurridos el mismo año. El cuadro del futuro urbano estadounidense parece, tras 35 años, no sólo la descripción de lo ocurrido en Estados Unidos sino que también de lo que ocurre en muchas ciudades del mundo: “Podemos esperar una mayor fragmentación del entorno urbano, una formación de comunidades excesivamente limitadas, una mayor segregación de los distintos grupos raciales y clases económicas... y una radicalización de actitudes en múltiples problemas. Es lógico esperar el establecimiento de la «ciudad defensiva», consistente en un distrito central dedicado a los negocios, económicamente en decadencia, protegido durante el día por las personas que van a comprar o a trabajar, y «precintado» por la policía durante la noche. Los apartamentos y complejos residenciales serán «células» fortificadas para las poblaciones de renta muy alta, alta y media, que viven en el interior de la ciudad. Los barrios residenciales, alejados de la ciudad central, serán áreas seguras, protegidas fundamentalmente por la homogeneidad racial y económica...” (BERRY, 1975:96).

¹⁸⁹ Este autor sintetizaba el *statu quo* así: “El aumento de la escala, el incremento de la movilidad y la disminución de la densidad son aspectos del cambio urbano actual en los Estados Unidos. Entre las diversas razones por las que estos factores se han convertido en las características más destacadas de la actual urbanización, están la aparición de una sociedad realmente nacional, la formación de una economía postindustrial, la creciente relación entre movilidad social y espacial, el excepcional funcionamiento de la industria de la construcción y la progresiva convergencia de tiempo y espacio” (BERRY, 1975:89).

¹⁹⁰ En cuanto a la discriminación racial explica que la llegada de “Las familias negras, las chicanas, las minorías que ocupan las viviendas vacantes dentro de las áreas blancas, aceleran la salida de los blancos. Las primeras familias que se instalan en estos barrios

Concluía afirmando que había surgido —y continuaba formándose—:

“...una cultura de mosaico, es decir, una sociedad con estilos paralelos y distintos de vida. Mientras que una de sus consecuencias es la tendencia disgregadora de la sociedad, considerada como un todo, a otro nivel se produce la armonía merced a la convivencia en comunidades homogéneas, aisladas de aquellos otros grupos que sustenten diferentes modos de vida y de ideas fundamentales” (BERRY, 1975:114).

Desgraciadamente los pronósticos se han cumplido. Ya vimos que CASTELLS sostiene que el centro urbano de las ciudades estadounidenses se deteriora mientras las élites se trasladan a urbanizaciones exclusivas en los suburbios, a diferencia de Europa donde los suburbios acogen a las urbanizaciones destinadas a los sectores de escasos recursos y el centro sigue siendo atractivo (CASTELLS, 2000:479). El premiado documental *Bowling for Columbine* (Óscar 2003), de Michael Moore, satiriza este proceso como una huida a los suburbios de los blancos, donde subyacen el miedo y la segregación racial.

La literatura especializada ofrece numerosos testimonios, destacando la imagen de Los Ángeles ofrecida por DAVIS (DAVIS, 2003). El racismo también está en la génesis de esta segmentación: al menos desde 1916 las nuevas parcelaciones de esta ciudad solían contemplar restricciones contractuales en los contratos de compraventa para excluir residentes no caucásicos (a veces, incluso, a los no cristianos), estableciéndose asociaciones de propietarios para resguardar el fiel cumplimiento de estos pactos. En los años veinte se estimaba que “el 90% de las viviendas de la ciudad estaban fuera del alcance de los negros y los asiáticos” (DAVIS, 2003:134). Tan natural parecía esto que en pleno *New Deal* la “Dirección de la Vivienda de Roosevelt no sólo aprobó las restricciones, sino que desarrolló un modelo para su inclusión en los contratos de subdivisión”. Recién en 1948 el Tribunal Supremo de Estados Unidos prohibiría estos acuerdos restrictivos (DAVIS, 2003:135)¹⁹¹, pero la segmentación ha persistido acudiendo a medios más sutiles, como veremos después.

MCKENZIE ha propuesto el término “common interest development” (urbanizaciones de interés común) para agrupar a estos asentamientos, sea que se

pagan la calidad de las viviendas; pero el temor a una eventual concentración racial hace que los blancos se trasladen inmediatamente, si ello es posible. El resultado es la separación racial de los vecindarios” (BERRY, 1975:94).

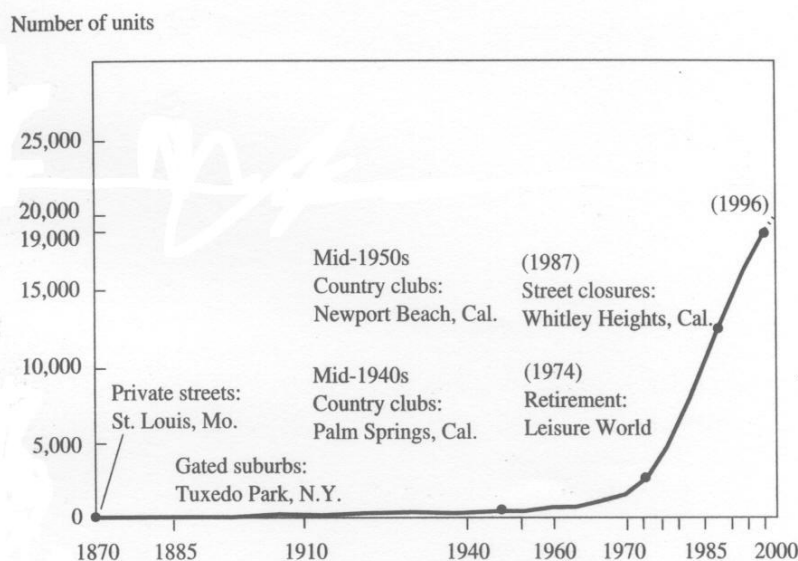
¹⁹¹ Se trata de la sentencia *Shelley v. Kraemer*, 344 U.S. 1, 1948, que revirtió las decisiones de las Cortes Supremas de Missouri y Michigan que validaron restricciones impuestas en los títulos de dos propiedades (“restrictive covenants”) en orden a prohibir su ocupación por propietarios o arrendatarios que no fuesen de la raza caucásica (en uno de los casos, específicamente por personas de las razas negra y mongol). La Corte Suprema federal estimó que estas restricciones vulneraban la protección igualitaria de las leyes garantizada por la 14ª enmienda a la Constitución de EE.UU.

trate de “condominios”, “gated communities” o “countries”, siendo el rasgo común de todas ellas “que la propiedad total es, en alguna forma, compartida o poseída colectivamente por todos los residentes” (MCKENZIE, 1996:121-124; cfr. SALCEDO, 2001:121-124). La difusión de esta forma de vida no ha hecho más que crecer desde los 60, pues como antes de esta década eran recintos excepcionales y realmente elitistas (“lugares poco comunes para gente poco común”, BLAKELY & SNYDER, 2002:4 y 7, fig. 4).

En algunos casos la motivación básica para optar por estas comunidades es una cuestión de distinción y prestigio social; en otros, en cambio, predomina la reacción al sentimiento de inseguridad ciudadana. Mientras las primeras agrupan a estratos socioeconómicos altos, las segundas se extienden a estratos medios e incluso bajos. Según estos autores “...al menos tres o cuatro millones de estadounidenses (potencialmente muchos más) están buscando esta nueva forma de refugiarse de los problemas de la urbanización”, si bien otras estimaciones afirman que se trata del doble (8 millones en 20.000 urbanizaciones “encerradas”, CALLIES *et al.*, 2002).

Por otra parte, aunque en 1995 BLAKELY y SNYDER lo calificaban “de un fenómeno metropolitano y costero, con las mayores concentraciones en California, Texas y Florida” cuatro años más tarde señalaban que su número crecía “desde Boston a Los Ángeles y de Miami a Toronto”, al punto que más del 40% de las nuevas urbanizaciones que se planificaban eran de este tipo (BLAKELY & SNYDER, 2002:VII).

Figure 1-2. *The Increase in Gated Communities, 1870–2000*



Christine Amado, Institute of Urban and Regional Development, University of California at Berkeley.

Figura 4: Crecimiento de las urbanizaciones fortificadas (Fuente: BLAKELY y SNYDER. *Fortress America...*, ob. cit., p. 7).

Este fenómeno envuelve una evidente privatización, como analizaremos más adelante. Por ahora podemos adelantar que implica la restricción del uso de bienes que tradicionalmente se han considerado parte del dominio público, como calles y plazas, a la pura comunidad residente. Pero, además, las funciones del gobierno local pueden ser atendidas por organizaciones privadas que a su vez subcontratan a otros privados para prestar los servicios necesarios (por ejemplo, guardias privados para garantizar la seguridad ¿pública?), sin que exista el régimen que regula a las Administraciones Públicas, tanto en cuanto a sus privilegios como en cuanto a las garantías para los “ciudadanos”. Este proceso ha sido incentivado por fórmulas de autonomía fiscal que otorgan mayor flexibilidad a estos asentamientos, pero que también hacen que los servicios estén directamente ligados a su pago excluyendo, como es evidente, a quienes no tienen la necesaria capacidad económica para solventarlos y requieren algún grado de asistencia pública; una fórmula claramente regresiva desde el punto de vista de la distribución de los ingresos (BLAKELY & SNYDER, 2002:146-147 y DAVIS, 2003:138-143). Por otro lado, en estas urbanizaciones han surgido dos “síndromes” que pretenden evitar cualquier uso molesto en sus proximidades: los síndromes NIMBY (not in my back yard) y LULU (locally unacceptable land use), que más adelante desarrollaremos.

De todo lo anterior puede deducirse que no sólo estamos en presencia de una pérdida de contacto entre ricos y pobres; se trata de algo más profundo, de la erosión de la solidaridad social básica que necesita un Estado. De allí que se haya generado un debate que aún sigue abierto en la sociedad estadounidense, justo en un momento en que la desigualdad social aumenta. Como afirma CASTELLS, en las dos últimas décadas del siglo XX se registra en Estados Unidos “un aumento sustancial de la desigualdad social, la polarización, la pobreza y la miseria. Sin duda, es una sociedad muy específica, con un modelo histórico de discriminación racial, una forma urbana peculiar —el gueto— y una resistencia ideológica y política profundamente arraigada a la regulación gubernamental y el estado de bienestar” (si bien advierte que se trata de un proceso que puede contaminar a Europa dada la creciente liberalización que impulsa la Unión Europea y la debilidad de los Estados nacionales en un mundo globalizado)¹⁹². Producto de ello

¹⁹² Refiriéndose a Estados Unidos sostiene que “su experiencia con la desigualdad y la exclusión social en el estadio formativo de la sociedad red puede ser un signo de los tiempos por venir a otras zonas del mundo también, y en particular a Europa, por dos razones principales. En primer lugar, la ideología y política dominantes en la mayoría de los países capitalistas hacen hincapié en las desregulación de los mercados y la flexibilidad de gestión, en una especie de ‘recapitalización del capitalismo’, que repite de cerca muchas de las decisiones estratégicas, políticas y gestoras aplicadas en los Estados Unidos en los años 80 y 90. En segundo lugar, y quizás lo más decisivo, la creciente

el 1% más rico de la población, que en 1983 disponía del 33,8% de la riqueza total del país pasó a disponer, en 1995, del 37,6% y en 1997, del 39,1% (CASTELLS, 2001:162). Se trata de un panorama tan malo como el de Latinoamérica (*supra* 3.2.4.) Debemos también señalar que no sólo la vía contractual se ha empleado para legitimar prácticas urbanas excluyentes. Otra fuente importante ha sido el propio planeamiento urbanístico. MANDELKER señala que no hay una estrategia uniforme en esta materia, sino que más bien “los gobiernos locales tienden a adoptar diversas regulaciones urbanísticas excluyentes, que, en su conjunto, crean un problema de ordenación excluyente” (MANDELKER, 2003b:175). Este es el tipo de prácticas reprimidas por las sentencias *Mont Laurel I y II* (1975 y 1983), del Tribunal Supremo de New Jersey (HAAR, 1996), caso que examinaremos en el capítulo 3. Cabe apuntar que el surgimiento de las comunidades segregadas también ha sido alentado por el denominado *new urbanism*, tendencia urbanística estadounidense fundada en 1993 (y que declara sus principios en la *Carta del Nuevo Urbanismo*, de 1996)¹⁹³ como reacción al *sprawl*, planteando un modelo de ciudades pequeñas y compactas que recuperen los barrios y sus lazos comunitarios¹⁹⁴, como planteaba la periodista Jane JACOBS en la década de los 60¹⁹⁵. Obviamente esta última no pretendía en lo absoluto alentar prácticas segregadoras, pero HARVEY advierte que su concepción:

“...contenía su propio autoritarismo oculto dentro de la noción orgánica de barrio y comunidad como base de la vida social. El intento de alcanzar los objetivos de Jacobs podía justificar fácilmente todas esas comunidades valladas «de diseño íntimo» y los movimientos comunitarios excluyentes que ahora tanto fragmentan las ciudades de Estados Unidos” (HARVEY, 2003:191 y 194).

Hay que reconocer que el *new urbanism* propone ciudades que alberguen diversas tipologías de vivienda, pero como afirma MÉNDEZ no parece que la integración social constituya una de sus metas prioritarias (MÉNDEZ, 2004). En sentido semejante HARVEY, tras reconocer en los postulados de esta tendencia numerosos elementos positivos –la visión regional, la idea de asentamientos pequeños pero compactos, la recuperación de vínculos sociales—, sostiene que se alimenta de un espíritu de comunidad que al final tiende a ser excluyente:

integración de capital, mercados y empresas en una economía global común hace extremadamente difícil para algunos países separarse mucho del contexto institucional/macroeconómico de otras regiones, sobre todo si una de esas ‘otras regiones’ es tan grande e importante para la economía global como los Estados Unidos”. (CASTELLS, 2001:157).

¹⁹³ Puede verse en http://www.cnu.org/pdf/Carta_espanol.pdf (consultado el 17.05.2004, a las 13:00 hrs.).

¹⁹⁴ Cfr. CAPEL, 2003:217 e IRAZÁBAL, 2001.

¹⁹⁵ Cfr. *supra* nota 94.

“...el nuevo urbanismo construye una imagen de comunidad y una retórica de orgullo basados en el lugar para aquellos que no la necesitan, al tiempo que abandona a quienes si la necesitan a su destino de «clase marginada». La mayoría de los proyectos que han materializado son urbanizaciones «verdes» para los ricos...” (HARVEY, 2003:198 y, más ampliamente, 191-201).

4. BREVE SÍNTESIS. RASGOS DIFERENCIADORES Y PROBLEMAS COMUNES

4.1. Síntesis urbana europea y latinoamericana

Los capítulos anteriores nos permiten confirmar que Europa y Latinoamérica, al igual que Chile y España, han seguido caminos diferentes en su desarrollo urbano. Ambos países comparten la raíz del Imperio Español pero ésta se rompe definitivamente en 1818. En las décadas siguientes España fundará y expandirá ciudades sobre la base de un sistema de obra pública, cuyas inflexiones llegan hasta al presente. Chile, en cambio, enfrenta el desarrollo urbano desde la perspectiva de la obra privada acercándose, en el último tercio del siglo pasado, al modelo de Estados Unidos.

Si miramos el panorama regional hay que admitir que las ciudades europeas tienen una tradición más antigua, iniciada en el largo periodo durante el cual la tecnología y de seguridad exigían constreñir su expansión a límites más o menos reducidos. La revolución industrial generará una decisiva ampliación unida a una explosión demográfica, generando una crisis durante el siglo XIX. En el siglo XX el problema de la vivienda y el desarrollo urbano se enfrentará con una importante intervención pública (incluyendo el surgimiento del Derecho urbanístico) que solucionará los problemas más graves del siglo anterior —y los generados por las guerras— en el marco de las políticas de Estado de bienestar y de la mano de un un crecimiento económico importante y una transición demográfica concluida, todo lo cual terminará por generar sociedades con índices relativamente bajos de desigualdad y un Estado de Derecho bien asentado. Con todo, el modelo tradicional de ciudad se ve desafiado en las últimas décadas por una creciente *suburbanización* (y *contraurbanismo*, en muchos casos).

Las ciudades iberoamericanas, en cambio, son más recientes. La colonización española aprovechó las ciudades existentes (especialmente Cuzco y Tenochtitlán) pero, sobre todo, fundó nuevas. Unas y otras pudieron extenderse sin dificultades gracias al trazado ortogonal. La explosión y transición demográfica se produce con retraso respecto de Europa y su punto crítico es el siglo XX, generándose un déficit habitacional aún no resuelto. Adicionalmente, a diferencia de Europa ambos

fenómenos ocurren existiendo avances técnicos en materia de urbanización (en transporte y redes de servicio, por ejemplo) que facilitan la dispersión de los asentamientos en el territorio. Una de las manifestaciones más importantes de esta extensión son las ocupaciones ilegales de terrenos protagonizadas, fundamentalmente, por los inmigrantes rurales. Para solucionar los problemas sociales y sanitarios que genera el problema habitacional la Administración planifica y promueve viviendas de tipo social (las más de las veces subvencionado la actividad privada), entendiéndose que la ejecución es una actividad predominantemente privada (con limitaciones administrativas, claro está). A ello hay que añadir una tímida intervención en el mercado del suelo, en muchos casos imposible ante el valor que se atribuye al Derecho de propiedad. En consecuencia, sólo puede afirmarse que el urbanismo constituya una función pública de manera parcial (salvo en casos puntuales como Brasil y Colombia) y en la mayor parte de la región no puede hablarse de la existencia de un “Derecho urbanístico” en forma (sólo de una “legislación urbanística”). Para colmo, en Iberoamérica el crecimiento urbano se produce en un contexto de bajo crecimiento económico y subdesarrollo persistente, unido a un aparato público débil y, no pocas veces, tendencialmente corrupto, lo que impide que se superen los graves problemas de pobreza y desigualdad que tiene la región y más bien los agrava, configurando lo que se ha dado en llamar “urbanización de la pobreza”. Una auténtica erosión del Estado de Derecho y el régimen democrático que es preciso revertir.

4.2. Ciudades difusas, segregación urbana

Por otro lado, el inicio del siglo XXI está marcado por un proceso de crecimiento urbano disperso en ambas regiones, favorecido en buena parte por el cada vez más amplio acceso al automóvil, la extensión de las redes de carreteras (muchas de ellas en esquemas de concesión), la terciarización de la economía y la preferencia de muchas personas por viviendas más espaciales y cercanas a la naturaleza. En Europa se ha mantenido la valoración de los centros urbanos que siguen reteniendo a parte de la élite mientras los pobres son expulsados a la periferia (que también está empezando a ser ocupada por “urbanizaciones amuralladas”). En América, en cambio, los centros urbanos se deterioran en medio de una permanente huida de las élites a nuevos y más exclusivos suburbios que pretenden funcionar como “ciudades privadas”, en tanto que el déficit de vivienda para las clases más necesitadas sigue presente y suele llevar a construir en localizaciones alejadas pero, aparentemente, baratas. En estas condiciones la segregación socioespacial es inevitable y opera conforme el funcionamiento del mercado del suelo. Ya vimos que este es un problema recurrente en todas las épocas (no

conviene idealizar el pasado en esta materia, como advierte sugestivamente SALCEDO H., 2002:5-19), pero la intensidad que presenta en la actualidad y las posibilidades que se abren para el futuro son tan inéditas como escalofrantes. La globalización y las nuevas tecnologías también están impactando en el desarrollo urbano, como pone de manifiesto CASTELLS al afirmar que:

“...el factor crítico de los nuevos procesos urbanos, tanto en Europa como en otros lugares, es el hecho de que el espacio urbano cada vez se diferencia más en términos sociales, a la vez que se interrelaciona funcionalmente más allá de la contigüidad física. De ahí se sigue la separación entre significado simbólico, la localización de las funciones y la apropiación social del espacio en el área metropolitana. Esta es la tendencia que subyace en la transformación más importante de las formas urbanas de todo el mundo, con una fuerza particular en las zonas de industrialización reciente: el desarrollo de las megaciudades” (CASTELLS, 2000:481).

En estas últimas, señala el mismo autor, sus habitantes,

“...se conectan en el exterior con redes globales y segmentos de sus propios países, mientras que están desconectadas en su interior de las poblaciones locales que son funcionalmente innecesarias o perjudiciales socialmente desde el punto de vista dominante. Sostengo que esto es así en Nueva York, pero también en México o en Yakarta... *Es este rasgo distintivo de estar conectada globalmente y desconectada localmente, tanto física como socialmente, el que hace de las megaciudades una nueva forma urbana....* Las jerarquías funcionales y sociales de las megaciudades están difuminadas y mezcladas desde la perspectiva espacial, se organizan en campamentos atrincherados y están salpicadas de forma desigual por bolsas inesperadas de usos indeseables” (CASTELLS, 2000:483)¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Añade que a distinción cultural de la elite en la sociedad informacional “es crear un estilo de vida y formas espaciales encaminadas a unificar su entorno simbólico en todo el mundo, sustituyendo así la especificidad histórica de cada localidad. De este modo, se construye un espacio relativamente aislado por todo el mundo a lo largo de las líneas de unión del espacio de los flujos: hoteles internacionales cuya decoración, desde el diseño de la habitación hasta el color de las toallas, es similar en todas partes para crear una sensación de familiaridad... ; salas para VIP en los aeropuertos... ; accesos móvil, personal y en línea en la red de telecomunicaciones... ; un sistema de viajes organizados, servicios secretariales y de recepción recíprocos que mantienen la unidad de un reducido círculo de la elite empresarial a través de ritos similares en todos los países. Además, hay un estilo de vida cada vez más homogéneo entre la elite de la información que trasciende las fronteras culturales de todas las sociedades... uso regular de instalaciones de hidromasaje... y la práctica del *jogging*... dieta obligatoria de salmón a la parrilla y ensalada verde... color de pared rosa pálida... ubicuo ordenador portátil y acceso a internet... etc. Todos ellos son símbolos de una cultura internacional cuya identidad no se vincula con una sociedad específica, sino con la pertenencia a los círculos gestores de la economía informacional a lo largo de un espectro cultural global” (CASTELLS, 2000:495).

Estos fenómenos son los que, en parte, llevan a que LASH hable de una rebelión de las élites que reniegan de la idea de solidaridad y comunidad que está en la base de la noción de democracia. La clase privilegiada, afirma, ha desarrollado una visión del mundo semejante a la de un turista, esto es, una que no se compromete con el contexto sociocultural que la rodea, pues no vive en él sino que es esencialmente cosmopolita. Por lo mismo “nunca ha estado tan peligrosamente aislada de su entorno” (LASCH, 1996:13; también p. 15-18 y 89-91). En sentido semejante BINDÉ advierte que pese a las peculiaridades de cada ciudad nos enfrentamos a un verdadero *apartheid* urbano, cuyas características serían:

“...la creciente privatización del espacio público; el creciente separatismo fiscal y residencial por parte de los habitantes privilegiados de la ciudad; la extrema polarización social acentuada por la desigualdad creciente; el aumento de la inseguridad o del miedo a la inseguridad, y la próspera economía de la droga; el desarrollo de sistemas de seguridad y vigilancia que suponen una combinación de servicios prestados por empresas privadas y vigilancia (a veces muy eficaz, a veces muy mala) de las fuerzas de policía públicas” (BINDÉ, 2002:401).

Por otra parte, la persistencia de este fenómeno dificulta sobremanera generar el capital social que tanto precisa Latinoamérica para desarrollarse.

4.3. Intervención en el mercado del suelo

Los fenómenos de dispersión urbana también plantean el desafío de mejorar el funcionamiento del mercado del suelo. Parte del proceso de expulsión suburbana tiene que ver con el encarecimiento de las viviendas en la ciudad, pero la *suburbanización* o el *contraurbanismo* también envuelven procesos especulativos que perjudican a los adquirentes de viviendas y benefician a los promotores o propietarios, como veíamos al explicar la *gentrificación* o *elitización*. En el caso español la subida de los precios de la vivienda y la amenaza de una burbuja inmobiliaria reflejan descarnadamente las imperfecciones de este mercado del suelo y el grave daño que de ello se sigue para los ciudadanos, pese al significativo parque de viviendas existente y al grado de desarrollo socioeconómico español. Es más, la reciente crisis demuestra como esto termina repercutiendo en la economía general y, por esa vía, en los bolsillos de todos.

En el caso chileno este fenómeno es más preocupante para las familias pobres, pues la escasa intervención pública ha terminado por validar un mercado especulativo que termina excluyéndolas y confinándolas a malas localizaciones, cada vez más separados del resto de la ciudad y que suelen adquirir connotaciones negativas para el resto de la sociedad.

Así, la intervención en este mercado parece inevitable en razón de los costos sociales del dispendioso modelo de crecimiento disperso, inasumibles de manera permanente.

CAPÍTULO 2

LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS COMO NECESARIO MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO URBANÍSTICO

1. Introducción.

Para describir el marco constitucional del urbanismo hemos optado por un esquema que sigue las denominadas generaciones de derechos fundamentales¹⁹⁷, pues la evolución de éstas ilustra también la que ha experimentado el derecho urbanístico. En efecto, las primeras aproximaciones a esta disciplina solían centrarse en la propiedad y la libertad de empresa como emanación de la primera, respondiendo a una visión decimonónica afincada en el Derecho civil, cuya codificación contiene las primeras limitaciones urbanísticas en los países de tradición continental (como España y Chile). Se trata de un enfoque centrado en los llamados derechos de primera generación, de inspiración liberal, también denominados derechos civiles y políticos¹⁹⁸. La siguiente generación de derechos, vale decir, los derechos económicos, sociales y culturales, responden a una sociedad crecientemente democrática donde los nuevos ciudadanos reclaman dosis de igualdad material¹⁹⁹. Mientras los derechos de primera generación suelen describirse como libertades negativas que exigen del Estado no interferir y, además, resguardar la no interferencia de terceros, los derechos de segunda

¹⁹⁷ Sobre las generaciones de derechos puede verse, entre otros, a BOBBIO, 1991:18-9; PÉREZ L., 1991 y 1987: 55 y ss.; y ARA, 1990. PECES-BARBA advierte que empleo del término “generaciones de derechos” debe ser matizado, pues “...podría entenderse que las generaciones llegan a extinguirse y son sustituidas por las siguientes, si llevamos el ejemplo a sus últimos extremos. Pero se entiende que no es así y que las anteriores siguen vivas y se integran con las nuevas...” (1999:183).

¹⁹⁸ Conviene advertir que los derechos civiles y políticos pueden, a su vez, ser distinguidos. En un influyente ensayo de mediados del siglo pasado el sociólogo T. H. MARSHALL revisó el concepto de ciudadanía a partir de un análisis diacrónico sobre los derechos, iniciado con los civiles -del S. XVIII-, continuado con los derechos políticos -del S. XIX-, y concluido con los sociales -del S. XX- (MARSHALL, 1998[1950]).

¹⁹⁹ Pueden verse las primeras manifestaciones constitucionales de este fenómeno en MIRKINE-GUETZEVITCH (1931:35 y ss).

generación corresponden, más bien, a libertades positivas que exigen de parte del Estado el otorgamiento de prestaciones concretas²⁰⁰:

“La distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la primera los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (Abwehrrechte) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la segunda, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (Teilhaberechte), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos...” (PÉREZ L., 1991:205-6).

En materia urbanística esta generación de derechos se expresa particularmente en el derecho a una vivienda digna y adecuada. La tercera generación de derechos, por fin, responde al proceso de globalización e incluye los derechos de los pueblos o de la solidaridad. También incide en el urbanismo pues comprende el derecho al medio ambiente que afecta, como es obvio, la utilización del suelo en cuanto recurso natural²⁰¹.

En las páginas que siguen analizaremos, primero, el estatuto del propietario y el del empresario, ambos conectados con los derechos de “primera generación” y — como dijimos— normalmente considerados como base del derecho urbanístico. Luego nos referiremos al estatuto del ciudadano, que deriva de las siguientes “generaciones” de derechos y que se sitúa en la posición de las personas en general, al margen de si son propietarias o empresarias, reconociendo que en cuanto sujetos dotados de dignidad (arts. 10.1 CE y 1º, inc. 1º, CPR) poseen un conjunto de derechos y obligaciones como habitantes de un territorio —sea éste rural o urbano— de cara al desarrollo urbano. Un desarrollo que, como se ve, enfrenta

²⁰⁰ Los dos conceptos de libertad aquí citados corresponden a la clasificación de BERLIN (2001[1958]:43-114).

²⁰¹ “La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o a la libertad informática. En base a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una tercera generación de derechos humanos complementadora de las fases anteriores” (PÉREZ L., 1991:206, véase también PÉREZ L., 2006). Algunos identifican una cuarta generación de derechos, que en parte coincide con la anterior (RODRÍGUEZ P., 2002). Con todo, BOBBIO afirma que aunque “...las demandas de los derechos pueden ser dispuestas cronológicamente en distintas fases o generaciones, las especies son siempre, respecto a los poderes constituidos, solamente dos: o impedir sus maleficios u obtener sus beneficios. En los derechos de la tercera o cuarta generación puede haber derechos tanto de una como de otra especie” (BOBBIO, 1991:19).

muchas veces diversos derechos e intereses que deben ser ponderados para tomar las decisiones más adecuadas de cara al interés general.

2. Los derechos de “primera generación”: Propietarios y empresarios.

2.1. Un panorama general: Del Derecho privado decimonónico al Derecho público del siglo XX.

2.1.1. La propiedad en los códigos civiles decimonónicos.

Tradicionalmente el derecho que más fácilmente se vincula con el urbanismo es el derecho de propiedad. Parece una cuestión lógica: si la ciudad se construye sobre el suelo, la naturaleza del vínculo que liga a los sujetos con ese soporte —y con los objetos construidos en el suelo y el subsuelo— constituye un objeto de atención ineludible para esta disciplina. La propiedad constituye un tema central para cualquier sociedad, pues determina el funcionamiento de su sistema económico y, por lo mismo, responde a las relaciones de poder que existen en ella y su dinamismo. Para GROSSI tanto los *dominia* de los glosadores, como el *dominium* clásico o la propiedad pandectística responden a la misma inquietud: formular la relación más intensa de pertenencia entre un sujeto y un objeto, “que cada civilización moldea a su medida” (GROSSI, 1992:92). La concepción moderna de este derecho deriva de la codificación decimonónica del Derecho civil, sede original de esta institución. El art. 544 del Code Civil (1804), de evidente cuño individualista, será el molde a seguir para la mayoría de los ordenamientos continentales. Señala este precepto que “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos*”, texto reproducido a la letra por el art. 436 del Código civil italiano de 1865. El Código Civil español —de 1889— definió a la propiedad en su art. 348 como “*el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*” y el Código chileno —de 1855— dispuso en su art. 582 que “*El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno*”.

Las definiciones anteriores dan cuenta de una perspectiva subjetivista, que reconoce al titular de un bien una suma de facultades —básicamente usar, gozar y disponer— que, en principio, son absolutas, exclusivas y perpetuas. La doctrina francesa sigue este predicamento, como puede verse en JOSSERAND (1950:102-3 y

132-6) o COLIN y CAPITANT (1952:96-8), pero relativiza el carácter absoluto de este derecho, como luego veremos. DíEZ-PICAZO P. ha señalado que la definición consistente en la reunión de facultades es criticable, pues las facultades que emanan de este derecho:

«...no se pueden encerrar en tres verbos. Por eso se ha definido la propiedad doctrinalmente como el señorío más pleno que se puede tener sobre una cosa... Seguramente el legislador pretendió incluir, al hablar del derecho de gozar y disponer, todas las facultades que un examen erudito y meticulado es capaz de descubrir en el propietario. Además, los Códigos modernos no han podido abandonar la caracterización de la propiedad que se indica. Así, el art. 832 del Código italiano de 1942 dice que “el propietario tiene el derecho de gozar y disponer”; el art. 1305 del Código portugués de 1966 reconoce en el propietario “los derechos de uso, goce y disposición”»²⁰² (DÍEZ-PICAZO P. y GULLÓN, 2002:140).

La doctrina chilena sigue una línea semejante. Para CLARO SOLAR el dominio se descompone en los atributos de uso, goce y disposición, y la propiedad plena (la que reúne dichos atributos) es absoluta, perpetua y exclusiva, si bien el primero de estos rasgos debe ser moderado (1930:334 y 341-346). Esta caracterización fue seguida por la doctrina posterior (p. ej., ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, 1993, T. I:37-9 y 51-61; ROZAS, 1984:86; PEÑAILLO, 2002:75-6; o NOVOA, 1979:23-27). La referencia a la ley como potencial fuente de limitaciones para el dominio prevista en los códigos civiles es diferente a la existente en el derecho constitucional, puesto que la visión decimonónica se enmarca en un ambiente cultural que “...no otorgaba a las intervenciones legislativas ningún valor activo y veía en la ley sólo el imparcial custodio de algunas reglas del juego de carácter general...”. En aquel contexto la última parte del artículo 544 pasaba a tener “...un significado profundo de garantía del derecho del ciudadano...”, en vez del de una habilitación genérica para restringir las facultades dominicales (RODOTÁ, 1986:264)²⁰³. Y es que en ese entonces la ley se concebía como “un fascinante

²⁰² Una crítica parecida respecto del art. 544 del Code Civil en COLIN y CAPITANT, 1952:97.

²⁰³ Agrega este autor que la referencia a la ley y a los reglamentos que hace el art. 544 del *Code Civil* no implica que a su amparo pudiese realizarse cualquier tipo de reducción de los poderes del propietario, pues la ley se entendía entonces como “...un instrumento, cuyo uso se debía contener lo más posible y ser excepcional, siempre que estuviera en causa la reducción de los derechos de los particulares”; de hecho, en esa época la intervención legislativa era mucho más reducida, adquiriendo la forma de “fuente de obligaciones negativas... o como instrumento de un ulterior refuerzo” para el propietario (RODOTÁ, 1986:80). Además, “...en el siglo XIX... el recurso a la ley era menos frecuente que actualmente. Esto confiere a la garantía legislativa un valor mucho mayor que el que hoy tiene en sistemas jurídicos en que las situaciones privadas de contenido económico gozan, aunque sea formalmente, de garantías más reducidas y cuya compleja organización requiere un uso muy amplio del instrumento legislativo” (RODOTÁ,

producto cuyo contenido se resuelve, precisamente, en libertad”, y no en restricción (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2000[1994]:115). Lo anterior es coherente con el art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que en 1789 definió a la propiedad como un derecho “inviolable y sagrado”, fórmula seguida por numerosas constituciones iberoamericanas del siglo XIX, como la chilena de 1833²⁰⁴ o la argentina de 1853 (aún vigente en esta parte)²⁰⁵ e, incluso, por algunas del siglo XX (como la de Costa Rica, de 1949²⁰⁶, o la de Perú, de 1993²⁰⁷)²⁰⁸.

Podría sostenerse que en el caso español esto no sería tan evidente porque la Constitución de 1812 no recogió los expresivos términos de la Declaración de 1789 —aunque en su art. 4 equiparó libertad civil con propiedad²⁰⁹—, cuestión que no

1986:118). En buena parte esta diferencia de enfoque deriva de la actual desvalorización de la Ley y de los Reglamentos que consigna GARCÍA DE ENTERRÍA cuando habla de un mundo de “leyes desbocadas”, con reglamentos “multiplicados incontinentemente” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1999).

²⁰⁴ El art. 12 N^º5 de esta Constitución (publicada el 25.05.1833) aseguraba a todos los habitantes de la República “La **inviolabilidad** de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, **ni de una parte de ella por pequeña que sea**, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una ley, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustara con él, o se avaluara a juicio de hombres buenos” (negritas nuestras).

²⁰⁵ El art. 17 de la Constitución Argentina (aprobada el 01.05.1853) dispone que “La propiedad es **inviolable**, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...”. Ésta y las disposiciones que se consignan en las notas siguientes pueden verse en LÓPEZ G., Luis y AGUIAR DE LUQUE, Luis. *Las Constituciones de Iberoamérica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, 1.324 p.

²⁰⁶ El art. 45 de la Constitución de Costa Rica (aprobada el 07.11.1949) establece que “La propiedad es **inviolable**; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. / Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social”.

²⁰⁷ El art. 70 de la Constitución de Perú (aprobada el 29.12.1993) señala: “El derecho de propiedad es **inviolable**. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

²⁰⁸ Incluso en la discusión de la CE se presentó una enmienda anacrónica para garantizar la “inviolabilidad de la propiedad privada”, luego retirada (GARRIDO F., 2001:781).

²⁰⁹ Véanse también los arts. 172 Décima, 173, 294 y 304.

varió en los siguientes textos constitucionales (1837, 1845, 1856, 1869, 1873 y 1876). Pero como señala REY M., esto no implica que se minusvalorara este derecho; sólo que se tenía por suficiente la protección que ya le brindaba el Derecho privado²¹⁰. Y es que como ya ha quedado de manifiesto, no debe olvidarse que “los instrumentos de Derecho privado del orden liberal, con (aparentes) menos garantías son mucho más fuertes que los del Estado Social, en una gran medida continuadores de aquél” (LÓPEZ Y LÓPEZ, 2003:4018). Por eso se ha llegado a sostener, con razón, que la codificación decimonónica del derecho privado tenía una suerte de valor “constitucional” (RODOTÁ, 1986:81; IRTI, 1992:19), en tanto encargada de tutelar las libertades civiles de los individuos. Esta fortaleza dominical tiene lógica si recordamos que en el sistema político liberal el voto era censitario, pudiendo “afirmarse sin exagerar que el derecho de propiedad justificaba el derecho de sufragio” (FERNÁNDEZ S., 2005:88).

2.1.2. Interés general y propiedad: La función social.

La idea de una función social de la propiedad fue popularizada por DUGUIT, que en 1911 afirmó que el derecho subjetivo denominado propiedad se había transformado en una función social (sobre la base de COMTE, para quien el propietario era derechamente un funcionario público²¹¹). Su razonamiento era que

²¹⁰ REY ha señalado que la falta de expresiones más enfáticas para garantizar la propiedad en las constituciones españolas decimonónicas “no debe hacernos pensar equivocadamente en una merma de la substantividad del derecho de propiedad privada. La explicación se halla, más bien, en la consideración de la normativa privada (no, evidentemente, de la Constitución) como el conjunto normativo básico de la propiedad” (REY, 1994:83). En abono de esto no cabe sino remitirse a una cita que emplea este mismo autor, a saber, a un texto de 1890 de SANTAMARÍA DE PAREDES: “Corresponde á la legislación civil definir y formular el derecho de propiedad, habiendo de limitarse únicamente las constituciones á establecer aquellos aspectos que le garanticen contra la arbitrariedad del Poder público. El cumplimiento de los fines del Estado, exige á veces la limitación de la propiedad individual en favor del mismo; pero esta limitación ha de fundarse en los principios generales del Derecho, que tienden á hacer compatibles los fines del individuo con los de la sociedad, sin que los unos absorban á los otros. La constitución política debe consignar la garantía de que el ciudadano no estará obligado á pagar contribución que no se haya impuesto legalmente, ni podrá ser privado del dominio ó posesión de sus bienes sino por sentencia judicial, ni tampoco expropiado de ellos por causa de utilidad pública, sino concurriendo ciertos requisitos por cuya observancia deben velar los tribunales” (SANTAMARÍA DE PAREDES, 1890: 191).

²¹¹ REY M. afirma que COMTE habría sido el primero en emplear este término, al señalar en el T. I de su *Système de politique positive* (1850) que “...en todo estado normal de la humanidad, todo ciudadano, cualquiera que sea, constituye un funcionario público, cuyas atribuciones, más o menos definidas, determinan a la vez obligaciones y pretensiones. Este principio universal debe ciertamente extenderse hasta la propiedad, en la que el positivismo ve, sobre todo, una indispensable función social, destinada a forzar y a

si el propietario podía aumentar la riqueza general a través del uso de sus bienes estaba "...obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza" (2001[1911]:240). Latía en esta nueva concepción la necesidad de replantear los criterios clásicos que legitimaban la propiedad de los frutos del trabajo propio (basta recordar la conexión establecida por LOCKE entre propiedad, libertad y trabajo) de cara a una nueva realidad que era la apropiación de "...los frutos del trabajo ajeno, que era la situación prevalente en el desarrollo de la economía capitalista" (PÉREZ L., 2004:48)²¹². De allí que encontrase amplia y heterogénea recepción (véase REY M., 1994:352). La doctrina pontificia también contribuirá a promoverla como suerte de vía intermedia entre individualismo y colectivismo (especialmente en *Quadragesimo Anno*, 1931)²¹³.

El surgimiento de esta fórmula no hacía sino reconocer la progresiva "penetración" del Derecho público en la esfera dominical, especialmente a partir del siglo XX y tanto en sede administrativa como constitucional. En esta última es notorio el nuevo talante de los catálogos de derechos. En ellos, la propiedad "inviolable y sagrada" de 1789 da paso a un derecho afecto al cumplimiento de una función social que conlleva obligaciones y limitaciones. Las primeras Constituciones que manifestaron este enfoque fueron las de México (Querétaro, 1917) y Alemania (Weimar, 1919). El art. 27, inc. 3º, de la primera señala que "*La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su*

administrar los capitales con los cuales cada generación prepara los trabajos de la siguiente" (REY M., 1994:352).

²¹² LÓPEZ Y LÓPEZ comenta —a partir de un texto de RADBRUCH— que la propiedad sólo se justificaba en pequeñas economías cerradas, donde los propietarios estaban en una situación de igualdad muy aproximada. Pero la industrialización y el tránsito al mercado "...separó a la propiedad de relación con la cosa a relación entre hombres y, precisamente, la relación entre propietarios y no propietarios (relación, al fin, de dominación), abocó a la cosa a su consideración como mercancía e hizo nacer una clase que, en adelante, ya no tiene ningún interés en el reconocimiento del derecho de propiedad" (2000:434).

²¹³ Esta encíclica del Papa Pío XI reconoce el "doble carácter del derecho de propiedad llamado social e individual, según se refiera a los individuos o mire al bien común" (Nº 45), y advierte "...que negando o suprimiendo el carácter social y publico del derecho de propiedad se cae o se incurre en peligro de caer en el «individualismo», rechazando o disminuyendo el carácter privado e individual de tal derecho, se va necesariamente a dar en el «colectivismo» o, por lo menos, a rozar con sus errores" (Nº 46). Casi medio siglo después Juan Pablo II afirma, en el Discurso inaugural de la Conferencia General del Episcopado Latinoamericano celebrada en Puebla, México (1979), que «sobre toda propiedad privada grava una hipoteca social» (III.4, AAS 71, p. 200).

conservación". La segunda, en su art. 153, garantiza la propiedad pero dispone que "*su contenido y límites son definidos por las leyes*", añadiendo en el sintético pero expresivo apartado final que "*La propiedad obliga. Su uso también tendrá que servir al bien común*". Esta última parece la expresión clásica de la función social: una necesaria vinculación entre la propiedad y el bien común, de modo que ésta no sólo responda al interés particular de su titular.

El concepto hará fortuna y se volcará en diversas constituciones como la italiana, de 1948 (art. 42, inc. 2º), la CE (33.2) o la CPR (art. 19 Nº24, inc. 2º)²¹⁴. Parte de ese éxito se debe precisamente a la ambigüedad de su contenido, que ha llevado a calificarla de "*fórmula sonora pero jurídicamente vacía*"²¹⁵ y afirmar que representaría la "*utilización semántica de una fórmula polivalente*"²¹⁶, para aparentar un cambio en el significado de la propiedad que asegure su supervivencia y, con ella, la de la estructura capitalista. Esta ambigüedad le permitiría servir de fórmula transaccional entre ideologías de signo diverso al momento de redactar textos constitucionales²¹⁷, de manera de diferir al legislador futuro —o sea, a los avatares de la lucha democrática— sus consecuencias operativas (que incluso pueden traducirse en deberes positivos cuyo incumplimiento sea sancionable con la denominada "*expropiación-sanción*", arts. 71 a 75 LEF ²¹⁸ y 36 TRLS 2008, entendiendo que sólo puede hablarse de sanción cuando la indemnización a pagar se reduce²¹⁹).

No hay que perder de vista que este proceso se produce en el contexto de la irrupción de los derechos sociales. La generalización de los derechos fundamentales no sólo va aparejada del surgimiento de nuevos derechos —para

²¹⁴ También ha sido recepcionada en numerosas constituciones iberoamericanas vigentes, como la boliviana de 2009 (arts. 56.I, 57, 303.I.6, 393 y 397.I y II) y antes la de 1967 (art. 7º i), la brasileña de 1988 (art. 5º XXIII), la colombiana de 1991 (art. 58) o la ecuatoriana de 1979 (art. 30). Véase LÓPEZ G. y AGUIAR DE LUQUE (2001).

²¹⁵ W. C. SFORZA, *Codice Civile*, p. 99, citado en RODOTÁ, 1986: 217.

²¹⁶ LASARTE A., 1978:103, citado por PÉREZ L. y RODRÍGUEZ de Q., 1996:523.

²¹⁷ Sobre los distintos enfoques de este concepto puede verse RODOTÁ, 1986:223, esp. en nota 155, y PÉREZ L., 2004:50.

²¹⁸ El texto del art. 71 de la LEF lo dice pedagógicamente al considerar *causa expropriandi* el que una ley declare específicamente "...la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva".

²¹⁹ Seguimos en esto a BAÑO L.: "...no toda expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad es una sanción administrativa. Si la expropiación cuya causa es el incumplimiento de una obligación derivada del derecho de propiedad no lleva aparejada una minoración del valor del derecho o bien expropiado no hay técnicamente una sanción administrativa. Por el contrario, si la ley vincula la expropiación a una reducción del valor de tasación estamos ante una pura sanción administrativa, que requerirá un procedimiento sancionador previo a la expropiación. Sólo en este caso puede hablarse con rigor de expropiación-sanción" (2009:422).

asegurar la solidaridad y la igualdad— sino también de la “desfundamentación” del derecho de propiedad, pues “...no cabe extenderlo a todo el mundo por razones de escasez y porque no existen bienes libres para alcanzar la igualdad por equiparación” (PECES-BARBA, 1999:168) ²²⁰. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del siglo XX se hacen eco de este enfoque. El art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10.12.1948, se limita a señalar que “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente” y que “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. El Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16.12.1966, sencillamente no menciona este derecho y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 04.11.1950, también lo omite relegándolo a un protocolo adicional, de 20.03.1952.

Aunque salte a la vista que esta nueva concepción hace trizas el pretendido carácter absoluto de la propiedad, los códigos civiles no han sido permeados por ella²²¹. La doctrina civilista ha constatado este fenómeno y modera este carácter, mencionando las limitaciones de este derecho²²² e, incluso, calificándolo como

²²⁰ FERRAJOLI refuerza la desfundamentación de la propiedad diferenciando de los derechos fundamentales los derechos patrimoniales. Estos últimos englobarían los derechos de crédito y el derecho de propiedad sobre un bien concreto, ya constituido, pero excluirían el derecho a ser propietario, que se reconduciría sin más a la capacidad de obrar, esto es, a los derechos civiles generales que serían parte de los derechos fundamentales. Puestas a sí las cosas las notas de distinción entre estas categorías serían: 1) Carácter universal o general de los derechos fundamentales, pues todos los sujetos gozan de ellos, y singular o particular de los patrimoniales, que sólo pueden ser disfrutados por titulares determinados con exclusión de los demás. Los primeros “son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica... Los otros son exclusivos... y por ello están en la base de la desigualdad jurídica” (FERRAJOLI, 2001:30). 2) Indisponibilidad, inalienabilidad, inviolabilidad e intransigibilidad de los derechos fundamentales, a diferencia de los derechos patrimoniales que son negociables. 3) Origen de los primeros en normas legales o constitucionales y, de los segundos, en actos jurídicos unilaterales o bilaterales. 4) Por último, *verticalidad* de los derechos fundamentales y *horizontalidad* de los patrimoniales (FERRAJOLI, 2001:29-35).

²²¹ Se ha dicho –con algo de exageración– que «...en la doctrina española conviven, ignorándose mutuamente, el modelo clásico o “privado” de propiedad que sigue residenciando en el Código Civil el régimen fundamental dominical y el modelo administrativo, urbanístico o “público” de propiedad, antes aludido. Ambos modelos vienen a coincidir en la afirmación de la carencia de un contenido constitucionalmente garantizado de la propiedad, salvo un cada vez más devaluado instituto expropiatorio, que se concibe más como “potestad” a favor de la Administración que como “garantía” de los administrados...» (REY, 2005:197).

²²² Esto puede verse incluso en los tratadistas de la primera parte del siglo XX. JOSSEERAND dedica más bien su exposición sobre la propiedad a enunciar los límites del absolutismo propietario, afirmando que si bien “la propiedad corporal unitaria se nos aparece como un derecho intenso, intangible y sagrado, como la proyección misma de la personalidad humana en el campo patrimonial”, en el siglo XX “ha sido sometido a ruda prueba; su

derecho *tendencialmente pleno* en vez de absoluto²²³. Con ello quiere decirse que la propiedad constituye el poder más intenso de un sujeto sobre los bienes que reconoce el ordenamiento en vigor, pero en una magnitud variable según la época y el sistema jurídico que examinemos²²⁴.

Conviene advertir que la noción de propiedad que hemos ofrecido es deliberadamente difusa. Y es que si la ley puede fijar los contornos del dominio inevitablemente existirán distintos estatutos propietarios, diversificados según el bien objeto de dominio. JOSSERAND afirmó ya en 1930 que no hay una “propiedad” sino “propiedades”, cada una especial y con su propio y específico régimen

intensidad, lo mismo que su exclusivismo, ha sido objeto de un examen serio; nuevas fronteras, en que no soñaban nuestros abuelos, le han sido asignadas; se ha flexibilizado, se ha humanizado y ha ocurrido que, no siendo de esencia distinta comparada con los otros derechos debía, como ellos, ser concebido, ordenado y ejercido en vista de fines sociales, y no de fines puramente egoístas” (JOSSERAND, 1950:79). COLIN y CAPITANT afirman que el art. 544 del Code quiere expresar con “más absoluto”, por un lado, que la propiedad es “el derecho real *más completo* que puede existir sobre una cosa”, a diferencia de sus desmembraciones (servidumbres, usufructo, etc.); por otro, que se trata de un derecho independiente, “en oposición al carácter *dependiente y subordinado* que era, en general, el de la propiedad territorial antes de la Revolución” (COLIN y CAPITANT, 1952:99); en una línea semejante se ha dicho que el término absoluto se usó en un sentido etimológico, “para remachar que la propiedad quedaba desligada respecto de todo tipo de dominio eminente” y que “la afirmación del carácter absoluto debía valer sobre todo para dar a los compradores de los bienes nacionales la certidumbre de estar al resguardo de cualquier posible pretensión de los antiguos propietarios” (RODOTÁ, 1986:86). CLARO SOLAR señala que la propiedad es absoluta “en el sentido que ella confiere al propietario, cuanto es perfecta, un derecho *general* a todos los servicios, utilidades y ventajas que puede obtener de la cosa” (CLARO SOLAR, 1931:341).

²²³ BARNÉS señala que la regulación constitucional de la propiedad se sitúa entre los extremos individualistas y colectivistas, de manera que “los poderes –funcionalizados– que se conceden al titular siguen siendo *tendencialmente plenos*” pero no absolutos (BARNÉS, 1988:91-2). MONTÉS explica que el poder del propietario es «...pleno, pero no absoluto. En primer lugar, porque no puede fundarse en un deber de abstención de los demás sujetos interesados... sobre todo si se admite que no todos los terceros están en igual posición frente al propietario... En segundo lugar, porque la determinación del contenido “normal” del derecho del propietario no se basa en la esfera de libre actuación»; este derecho “...se distingue respecto de los demás derechos reales por la carencia de límites específicos que, *a priori*, sirvan para indicar con toda seguridad lo que el propietario puede o no puede hacer. Se trata del más amplio y virtualmente ilimitado poder de goce atribuido a un sujeto sobre un determinado objeto. Es lo que se quiere decir cuando se indica la plenitud del derecho del propietario, que también se caracteriza por una capacidad o poder de expansión del que carecen los demás derechos reales» (MONTÉS, 1980:240 y 244). En semejante sentido NOVOA, 1979: 26.

²²⁴ GROSSI subraya la diversidad histórica que ha tenido el contenido del derecho de propiedad y critica la pretensión de “hacer propia una sola respuesta histórica –la moderna–”, y “proyectarla indiscriminadamente en el seno de otras experiencias históricas” (1992:92).

jurídico en atención a los fines sociales perseguidos en cada caso, cuestión que dota a este derecho de una plasticidad infinita²²⁵.

Lo anterior significa que la definición del Código civil pasa a tener un carácter estrictamente residual, al punto que en 1954 PUGLIATTI sostenga que el término “propiedad” carece de un sentido unívoco, pues ya no existía —si es que alguna vez existió— una institución genérica capaz de englobar a todas las situaciones de pertenencia²²⁶. La ley será el instrumento que determine, en cada momento histórico, el contenido mínimo de la propiedad en relación con cada categoría de bienes, conforme a la *ratio* particular de cada caso (RODOTÁ, 1986[1981]:245). DíEZ-PICAZO P. matizará esta teoría para el caso español afirmando que es preciso averiguar:

“...si existe todavía un *quid* de común a todos los tipos que permita llamarlos a todos propiedad; o si les seguimos llamando propiedad porque somos incapaces de encontrar una denominación diversa, en el supuesto, por demostrar, de que el problema sea sólo de denominación. Porque una cosa es el reconocimiento de la pluralidad de diversos regímenes jurídicos y otra diferente la total disolución del instituto” (DíEZ-PICAZO P., 1991:1260).

La respuesta a esta interrogante exige revisar las nociones de garantía institucional y contenido esencial.

2.1.3. Garantía institucional, contenido esencial y propiedad.

A la par del reconocimiento en sede constitucional de las restricciones de la propiedad surge la preocupación porque éstas no terminen por desnaturalizarla. Así lo entendió parte de la doctrina alemana de cara a la propia Constitución de Weimar con la teoría de las garantías institucionales, iniciada precisamente a

²²⁵ Señala este autor que “el interés de la sociedad viene a limitar los poderes del propietario, y así se afirma una vez más el carácter esencialmente social, tanto en su origen como en su finalidad, del derecho de propiedad. No hay una propiedad, hay propiedades, porque el interés de la sociedad es que la apropiación de los bienes comporte estatutos en armonía con los fines perseguidos, que varían mucho; el derecho de propiedad es de los más flexibles y más matizados que figuran en las diferentes categorías jurídicas; su plasticidad es infinita” (JOSSEAND, 1950:140). Esta traducción del N° 1.517 de la 3ª ed. de 1938 corresponde al mismo N° 1.517 de la edición de 1930.

²²⁶ Concluía este autor su estudio clásico sosteniendo que “...la parola «proprietà» non ha oggi, se mai ha avuto, un significato univoco. Anzi troppe cose essa designa, perchè possa essere adoperata con la pretesa di essere fácilmente intesi. In ogni caso l’uso di essa, con le cautele e i chiarimenti necessari, anche se si protrarrà ancora nel próximo futuro, non può ormai mantenere l’illusione che all’unicità del termine corrisponda la reale unità di un saldo e compatto istituto” (PUGLIATTI, 1954:309).

propósito del derecho de propiedad por WOLFF, en 1923. Este autor entendía que la garantía de la propiedad contenida en el art. 153 de la Constitución de Weimar²²⁷:

“...significa una protección de los derechos privados concretos preexistentes y los que se han producido recientemente para cada uno de los sujetos de Derecho. Contiene además de ello también la seguridad de que la propiedad privada se mantiene como institución jurídica... el art. 153 hace resaltar, en contra de ideas de izquierda radicales, que debe seguir siendo posible un derecho a los bienes materiales que sea merecedor del nombre propiedad, con respecto al cual las restricciones del libre arbitrio del dominio sean excepcionales... La garantía de la propiedad es una garantía no sólo contra la Administración, sino también contra la Legislación del Land y la del Reich. Sólo una ley del Reich que cambie la Constitución puede derogarla”²²⁸.

La teoría de las garantías institucionales será sistematizada por SCHMITT²²⁹, quien postula que las instituciones jurídicas garantizadas en la Constitución —como la autonomía local, la función pública o la propiedad— son indisponibles para el legislador, de manera que éste no puede aprobar normas legales que las

²²⁷ El art 153 de la Constitución de Weimar dispone que: “1. La Constitución garantiza la propiedad. El contenido y límites de ésta resultan de las leyes. / 2. Una expropiación sólo puede tener lugar para el bien de la colectividad y con base en una ley. Tiene lugar contra una proporcionada indemnización, en tanto una ley no determine otra cosa. En caso de discrepancia sobre el importe de la indemnización, está abierta la vía judicial ante los Tribunales ordinarios, salvo que por ley se disponga otra cosa. La expropiación por el Reich de bienes de los Länder, Ayuntamientos y Asociaciones de interés público, sólo puede tener lugar mediante indemnización. 3. La propiedad obliga. Su utilización debe ser simultáneamente servicio del bien común” (sigo la traducción de PAREJO A., 1978:50).

²²⁸ El texto corresponde a WOLFF, Martin. *Reichsverfassung und Eigentum. /en/ Festgabe für Wilhem Kahl*. Berlín, 1923, p. 5-6, conforme la cita y traducción de LÓPEZ Y LÓPEZ, 2003:4011-2. Con todo, para SCHMITT el art. 153 era “contradictorio y oscuro”. Que la Constitución “garantice, como institución, la propiedad privada, no puede significar el que no quisiera tratarla ya como un derecho fundamental, sino relativizarla, con lo que la garantía de la propiedad privada tendría, a causa del art. 153... significación distinta para el Derecho político que la libertad personal. La libertad personal no puede ser nunca, naturalmente, una institución. La propiedad privada, por el contrario, puede ser considerada, sin duda, como algo paraestatal, derecho natural existente antes de toda ordenación social, pero también como simple institución legal. Los términos del art. 153 hacen aparecer dudoso si se trata de un reconocimiento de derecho fundamental o sólo de una garantía institucional” (SCHMITT, 1934:199).

²²⁹ Aunque otros autores ya emplearon este término (cfr. REY, 1994:221 o GAVARA, 1994:90 y ss.) su elaboración sistemática es mérito de SCHMITT, primero en su *Teoría de la Constitución* de 1928 (1934:199-200) y luego en su artículo “Libertades y garantías institucionales de la Constitución” de 1931, (“Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung”). Parte de la segunda edición de este último —de 1973— está traducido al español en ALDUNATE, 2008:170-2. Véanse también CORDERO Q. (2007) y GAVARA (1994:92-4).

desconozcan o desfiguren, so pena de infringir el texto constitucional. Este autor distinguió las garantías que protegían instituciones privadas como la propiedad —garantías de instituto (*institutsgewährleistung*)— de las que aseguraban instituciones de carácter público como la autonomía local —garantías institucionales (*institutionelle garantie*)—. Lo anterior ni se opone a que subsista un margen de libre configuración para el legislador ni a que la configuración de la propiedad asuma el cariz social de este derecho, pues no se trata de garantizar el *status quo*. PAREJO A. afirma que con esta técnica se persigue “otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario a determinadas y típicas características de una institución, en la medida que éstas han pasado a ser, como resultado de la evolución histórica de dichas instituciones, esenciales e identificativos de la misma” (1981:23)²³⁰. El concepto de garantía institucional ha sido recogido por la doctrina hispana²³¹ y numerosas sentencias del TC a partir de la STC 32/1981, de 28 de julio²³²⁻²³³. En el caso chileno, en cambio, ha sido ignorado por la jurisprudencia y apenas estudiado o aplicado por la doctrina en las dos últimas décadas²³⁴.

²³⁰ En sentido semejante se ha dicho que “la garantía institucional no congela una situación jurídica configurada bajo un orden jurídico previo, sino que se limita a garantizar que el núcleo esencial de la institución se mantenga. De esta manera, el legislador puede incorporar, modificar o eliminar algunos elementos de la institución con el objeto de ir adaptándola a las nuevas necesidades, pero siempre deberá respetar, dentro de este margen de discrecionalidad que se le confiere, sus rasgos o características propias” (CORDERO Q., 2007:89).

²³¹ Véase, especialmente, PAREJO A. (1981), BAÑO LEÓN (1988), JIMÉNEZ B. (1991) y GALLEGO A. (1994).

²³² Afirma ésta que “El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace” (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3).

Conviene destacar que SCHMITT rechazó aplicar estas garantías a los derechos fundamentales pues, como ha puesto de relieve BAÑO L., perseguía diferenciar la situación de los “derechos fundamentales puros” y absolutos —los de libertad—, naturalmente superiores al legislador y anteriores a la Constitución en un Estado burgués, de las instituciones que al no tener esa calidad requerían de una garantía específica para evitar su supresión legislativa (BAÑO L., 1988:166)²³⁵. HÄBERLE señala que “pocas veces se manifiesta tan claramente algo del pensamiento schmittiano como precisamente en su diferenciación entre derechos fundamentales y garantías institucionales, que concibe, además, como alternativas y antinomias” (2004:93). La justificación de esta distinción, sin embargo, ha perdido vigencia, pues según BAÑO L. “...no puede sostenerse la radical separación entre derecho fundamental (absoluto) y garantía institucional; más bien las nociones de derecho subjetivo y garantía institucional se entrelazan y confunden en los derechos fundamentales”, y es que la contraposición:

“...carece de sentido cuando, de un lado, los derechos fundamentales abarcan no sólo derechos subjetivos, sino también garantizan positivamente ámbitos de actuación del particular o aseguran la pervivencia de determinadas organizaciones (por tanto, encierran a su vez garantías institucionales y mandatos al legislador) y, de otro, ambos conceptos responden a la misma idea, la de erigirse en límite último a la discrecionalidad política del legislador” (BAÑO L., 1988:169-170).

²³³ Entre otras pueden citarse: a) la STC 26/1987, de 27 de febrero —FJ 4, que recoge la garantía institucional de la autonomía universitaria, si bien la califica simultáneamente de derecho fundamental—; b) la STC 225/1993, de 8 de julio —FJ 3 b), que declara que en la libertad de empresa predomina «el carácter de garantía institucional» (SsTC 83/1984 y 123/1991) al ser la economía de mercado su marco obligado (STC 88/1986)—; c) la STC 40/1998 —FJ 39, que reitera que la CE configura la autonomía local como una garantía institucional—; d) la STC 112/2006, de 5 de abril —FJ 8, que señala que la libertad de empresa opera como una garantía institucional—; e) la STC 240/2006, de 20 de julio —FJ 7, que también establece que la autonomía local reconocida en la CE se configura como garantía institucional—; y f) el ATC 26/2007, de 5 febrero —FJ 8, que establece que el Juez imparcial “no es sólo un derecho fundamental de las partes de un litigio, es también una garantía institucional de un Estado de Derecho establecida en beneficio de todos los ciudadanos y de la imagen de la Justicia, como pilar de la democracia” —. También ha recogido esta categoría el Tribunal Supremo, como puede verse en la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5) de 26 junio 2008 (RJ 2008\4303) —FJ 3, que recoge la jurisprudencia del TC sobre la garantía institucional de la autonomía local—.

²³⁴ Destacan particularmente las pioneras aportaciones de ALDUNATE L. (1997, 2005 y 2008) y, más recientemente, CORDERO Q. (2006 y 2007), enfocados en el derecho de propiedad (salvo el último texto de ALDUNATE L. que tiene carácter general). También ha sido aplicado a la función pública de carrera por RAJEVIC M. (2007:41-2).

²³⁵ El propio SCHMITT había sugerido que: “...en cada garantía de los derechos fundamentales tradicionales, y aun cuando no se garantice institutos jurídicos en un sentido estricto, en todo caso se puede encontrar una garantía del tipo y modo tradicional de una regulación”. Véase la nota 313 de ALDUNATE L., 2008:172.

El propio TCE ha seguido esta línea argumentativa declarando:

“...que derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales que, como por ejemplo la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales” (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4 a).

La Ley Fundamental de Bohn, de 1949, enriquecerá el programa weimariano al contemplar un instrumento específico para proteger los derechos fundamentales: su art. 19.2, conforme al cual “en ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial” (*Wesensgehalt*)²³⁶. Esta formulación ha tenido fortuna y entre otros sistemas ha sido acogido por España (en virtud del art. 53.1 CE) y Chile (en el art. 19 N°24, inc. 3º, y N°26 CPR)²³⁷. Sin embargo, la noción de contenido esencial también resulta conflictiva:

“El problema estriba... en poder delimitar el ámbito de dicho contenido esencial, es decir, en hacer explícitas cuáles son las propiedades que distinguen a este núcleo del derecho de aquel ámbito que no lo es, y trazar la frontera que separa a una y otra zona.... La pregunta es, entonces, si existe algún criterio capaz de esclarecer cómo se determina que normas y posiciones caen dentro y fuera del núcleo, y si este criterio logra aglutinar tanta fuerza de convicción como para congregarse un consenso social que sirva para fundamentar las decisiones de los casos difíciles” (BERNAL P., 2005:403).

Alguna doctrina ha visto en esta técnica una superación del positivismo jurídico pues la noción de esencia guarda gran similitud con la de naturaleza de las cosas (DÍEZ-PICAZO P., 1991:1262)²³⁸, ruta que nos conduciría hacia posturas iusnaturalistas. Pero también se ha apuntado que la determinación de la esencia no puede desconectarse del derecho positivo puesto que el contenido esencial debe descubrirse “desde —y conforme a— la Constitución” (BARNÉS, 1988:245). También se ha advertido que esencial no equivale a mínimo —pues entonces de poco valdría esta garantía— sino a sustancial, o sea, “lo más noble o principal, el esqueleto o

²³⁶ A este respecto puede verse CRUZ V., 1999:64-6.

²³⁷ HÄBERLE comenta en la introducción de la traducción al español de su obra sobre el contenido esencial (2004:LXVII) que esta cláusula se incorporó a constituciones tan variadas como la portuguesa (1976), la polaca (1997), la húngara (1949-1989), la checa (1992), la de Corea del Sur (1980) o la sudafricana (1996).

²³⁸ **Tanto NOVOA como RODOTÁ rechazan este renacer iusnaturalista.** Para DÍEZ-PICAZO, en cambio, “Esta idea es indiscutiblemente dogmática y está empañada de alguna suerte de iusnaturalismo, por lo demás inevitable, porque el mismo concepto es iusnaturalista de una u otra manera, y está presuponiendo un sistema de interrelaciones entre la Constitución y el sistema de conceptos que es propio de la ciencia del derecho, por llamarla así, o de la comunidad de los juristas” (DÍEZ-PICAZO, 1991: 1262).

elemento arquitectural, lo permanente” (BARNÉS, 1988:251). La doctrina alemana ha elaborado diferentes teorías para determinar el contenido esencial, que giran en torno a una visión absoluta o relativa:

“Si se prescinde de múltiples matices, las teorías del contenido esencial pueden ordenarse sobre la base de de dos pares de conceptos... según si refieren la garantía del contenido esencial a posiciones *subjetivas* o a una situación *objetiva* de regulación de derecho fundamental y, segundo, según si interpreten la garantía en un sentido *absoluto* o *relativo*.... Las teorías subjetivas del contenido esencial pueden ser absolutas o relativas. Según la teoría relativa el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que son acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad. Como, de todas maneras, éste es válido, el artículo 19 párrafo 2 LF tiene simplemente una importancia declarativa. En cambio, según la teoría absoluta existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado” (ALEXY, 2007[1986]:257-9)²³⁹.

La jurisprudencia constitucional española afrontó tempranamente el problema de definir el contenido esencial en la STC 11/1981, dictada a propósito de la regulación del derecho a huelga en el RD Ley 17/1977, donde optó por una postura absoluta del contenido esencial que identificaba éste con la reconocibilidad de: i) las facultades o posibilidades de actuación pertenecientes al derecho como categoría abstracta y que lo definen como tal —de modo que sin ellas se transforma en otra cosa— y/o ii) el contenido del derecho absolutamente necesario para proteger, real, concreta y efectivamente, los intereses jurídicos que cautela el derecho (FJ 8)²⁴⁰.

²³⁹ Para las teorías absolutas el contenido esencial constituye “una medida fija que tiene un carácter constitutivo en el sentido de que cada norma de derecho fundamental contiene, necesariamente, un mínimo, de manera estable e inafectable, con la consecuencia de que, en caso de ser infringido dicho mínimo por una decisión legislativa de desarrollo normativo, se produce una declaración de inconstitucionalidad de dicha decisión. Este núcleo está constituido por los elementos típicos que configuran el derecho fundamental, lo cual implica recurrir a argumentaciones extracontextuales para su determinación” (GAVARA, 1994:270). Las teorías relativas, en tanto, renuncian a establecer el contenido esencial “como una medida preestablecida y fija” pues sostienen que “sería admisible constitucionalmente que en un caso concreto se pudiera realizar una intervención que suponga una inaplicación del derecho fundamental en una situación concreta, siempre que se pudiera justificar constitucionalmente” (GAVARA, 1994:272).

²⁴⁰ Señala el TCE: “Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las

Ambas fórmulas complementarias comparaban la norma positiva con una imagen teórica, como puso de relieve tempranamente PAREJO A. De allí que, aunque no se abordara expresamente la opción por una tesis absoluta o relativa el resultado era claro: “carácter absoluto del contenido esencial, pero dentro de cada derecho fundamental” (1981b:186). Más adelante el TCE tenderá “...a distinguir dos zonas posibles en el contenido del derecho: un contenido *esencial*, que vincularía a todos los poderes públicos incluido el legislador, y un contenido *adicional*, creado por el legislador y que obligaría a todos los demás poderes públicos, pero no al legislador mismo”, buscando con ello extender la protección del amparo al contenido adicional (CRUZ V., 1999:66, como ejemplo puede verse la STC 51/1988).

En la dogmática española²⁴¹ —y siguiendo en esto a BERNAL P.— pueden identificarse tres teorías absolutas acerca del contenido esencial: la absoluta-espacial, la mixta y la temporal absoluta. No es del caso entrar en el detalle de cada una, pero a todas les critica que al identificar *ex ante* en los derechos una “zona esencial” (irreductible) y una “zona periférica” (que si podría ser limitada), sea a través de criterios espaciales o temporales, están ignorando que esta determinación

disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. / El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. / Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse...”.

²⁴¹ Para una revisión de las posturas de la dogmática alemana puede verse GAVARA, 1994.

no es una operación abstracta que pueda definirse *ex ante*, sino que es una cuestión de relación entre los derechos y bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos que debe definirse en cada caso concreto *ex post*. Se añade que los criterios ofrecidos por estas teorías son más bien intuitivos y, por lo mismo, poco seguros, al verse afectados por un importante grado de subjetividad e irracionalidad con “el riesgo de auspiciar el ejercicio de una discrecionalidad interpretativa incontrolable por parte del Tribunal Constitucional” (BERNAL P., 2005:420). Por ello, este autor sostiene que “el único modo plausible definir el contenido esencial es mediante su identificación con el principio de proporcionalidad —que tiene en cuenta las relaciones entre todos los derechos y los bienes constitucionales—, o lo que es igual, que la importancia de la cláusula del contenido esencial en las constituciones radica en que por su intermediación se incluye específicamente el principio de proporcionalidad en el derecho positivo” (BERNAL P., 2005:418)²⁴². Este principio ofrecería mayores garantías de racionalidad que las teorías anteriores y constituiría el auténtico “límite de los límites” de los derechos fundamentales (BERNAL P., 2005:519-535). De hecho, DÍEZ-PICAZO G. apunta que “...la jurisprudencia constitucional ha ido haciendo un uso cada vez más frecuente del principio de proporcionalidad (STC 76/1990, 66/1991, 151/1997, 37/1998, etc.) y, en este sentido, ha ido reafirmando su escasa simpatía por la concepción estricta de los derechos fundamentales” Y añade: “En la medida que se aplica conscientemente el principio de proporcionalidad, en fin, se comprende mejor y queda justificado el escaso uso que, al menos de manera expresa, el Tribunal Constitucional hace del concepto de contenido esencial: éste queda comprendido dentro de aquél” (2003:112)²⁴³.

²⁴² Este criterio es incompatible con las teorías absolutas del contenido esencial: “En el momento en que se acepta que el derecho restringido posee un contenido esencial que no puede ser restringido, el juicio de proporcionalidad pierde su naturaleza porque deja de ser relacional; el resultado no depende ya de la relación entre los dos lados de la balanza sino que se determina de acuerdo con el análisis de uno sólo...; lo que importa no sería ya si las ventajas para un derecho justifican las desventajas para el otro, sino, exclusivamente, si el derecho restringido ha sido afectado en su núcleo esencial, caso en el cual la restricción legislativa debe ser declarada inconstitucional, sin importar si el derecho fundamenta la restricción hacía necesaria una intervención de estas características en el derecho afectado, o se hubiere beneficiado en una muy amplia medida. / En síntesis, si hay núcleo no puede haber ponderación y si hay ponderación no puede haber núcleo” (BERNAL P., 2005:432).

²⁴³ Con todo, no debe confundirse del todo principio de proporcionalidad y contenido esencial. La doctrina y jurisprudencia alemanas, seguidas en esto por la española, señalan que el principio de proporcionalidad se divide en tres subprincipios: el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Ya la STC 66/1995 acogió esta formulación en su FJ 5º (“Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho... supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto... ; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida

No hay que olvidar que ya HÄBERLE —en el contexto de su concepción institucional de los derechos fundamentales— calificó a la garantía del contenido esencial como superflua por redundante²⁴⁴, aunque admitiendo que favorecía la seguridad jurídica. Esto último, porque es más difícil que el legislador lesione un precepto constitucional expreso como el art. 19.2 LF que principios que se deducen dispersamente del texto constitucional, tal como resulta más sencillo para un ciudadano invocar éste antes que aquéllos. El mismo autor calificó al art. 19.2 LF como una garantía institucional del contenido de los derechos fundamentales (HÄBERLE, 2004:220-2).

Como puede apreciarse, el sentido de la garantía institucional y el de la garantía del contenido esencial están bastante próximos, por lo que no debe sorprender que los debates que generan se entrecrucen. SANTAMARÍA P. ha dicho que:

“...las nociones de contenido esencial de los derechos fundamentales y de garantía institucional son virtualmente idénticas en su finalidad: en realidad, se trata de dos respuestas parciales y sucesivas a un problema más general, cual es el de asegurar un contenido fijo, mínimo e inderogable, a los conceptos constitucionales, frente a los intentos de supresión o desnaturalización provenientes de cualesquiera poderes públicos (y, muy especialmente, del legislador)” (SANTAMARÍA P., 1988)²⁴⁵.

Con todo, parte de la doctrina y la jurisprudencia apuntan que la garantía institucional sería menos resistente ante las intervenciones legislativas que el contenido esencial, dado que en el primer caso no se garantizaría una concreta

más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.”), y lo han hecho sentencias posteriores como la STC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9, y la STC 48/2005, de 3 de marzo, FFJJ 7 y 8. Pues bien, la garantía del contenido esencial se identifica estrictamente sólo con último de los requisitos, como recuerda Díez-PICAZO G. (2003:111). Sobre la estructura del principio de proporcionalidad véase, por todos, BERNAL P. (2005:688-805).

²⁴⁴ «Es la sanción declarativa, garantía complementaria y superflua de principios que ya han encontrado expresión en la Constitución... En el fondo, se puede decir: el art. 19.2 LF es una norma constitucional “vacía”. No contiene nada que no tuviese vigencia sin ella» (HÄBERLE, 2004:219).

²⁴⁵ Añade este autor que “La justificación última de una y otra noción se halla, claro está, en el carácter normativo de los preceptos constitucionales, que en modo alguno pueden concebirse como hojas en blanco sobre las que el legislador pueda escribir a su capricho: antes bien, los términos utilizados por la norma fundamental poseen, en cada momento histórico, un contenido semántico determinado; evocan, con un cierto grado de aproximación, un estereotipo o imagen característica realmente existente en la cultura jurídica, que todos los poderes públicos deben respetar. Pero esta característica no es privativa de los derechos fundamentales o de determinadas instituciones, sino *de todos los conceptos que desempeñan un papel básico en la estructura política y social que la CE diseña*” (SANTAMARÍA P., 1988). En un sentido semejante BAÑO L. (1988:170-1).

configuración, sino sólo la pervivencia de la institución²⁴⁶. Se trata de un tema especialmente arduo cuando se entrecruzan derechos fundamentales y garantías institucionales, como ocurre con la autonomía universitaria o la libertad de empresa²⁴⁷. Por ello hay quienes rechazan esta separación y abogan por aplicar la garantía del contenido esencial a todas las normas constitucionales reguladoras de los derechos resguardados por aquélla²⁴⁸. Lo anterior se ve respaldado por la evolución del caso alemán, pues cuando en él coexisten garantía institucional y derecho fundamental “...la primera sirve para fortalecer al segundo, protegerlo y no limitarlo” (JIMÉNEZ B., 1991:648)²⁴⁹. MUÑOZ M. ha apuntado recientemente que lo relevante es que:

²⁴⁶ Así, por ejemplo, OTTO DE PARDO señalaba que la garantía institucional supone que “...la institución garantizada es un límite a la libertad del legislador, que en todo caso habrá de respetar su existencia. La inaplicabilidad del límite del contenido esencial significa que no será posible aplicar el peculiar sistema conceptual que tiene su apoyo en esa expresión... No será posible, en concreto, enjuiciar si la institución configurada responde o no al contenido conceptual que la hace reconocible, sino tan sólo si se ha respetado el elemento de ella constitucionalmente garantizado. La idea de contenido esencial nos conduce a construir derechos y libertades como poderes complejos y concretos de disposición y libertad a partir de definiciones constitucionales abstractas, de modo que el derecho constitucionalmente reconocido y garantizado se integra como una formación vital sobre el esqueleto de la conducta abstractamente definida. En la garantía institucional la ausencia de garantía de contenido esencial significa, por el contrario, que hay tan sólo constitucionalización de la institución abstractamente definida, pero no garantía de su concreta configuración (OTTO DE PARDO, 1988:101).

²⁴⁷ Véanse, por ejemplo, las sentencias del TCE referidas en *infra* nota 233.

²⁴⁸ BAÑO L. sostiene que «La distinción dentro de los derechos fundamentales de “derechos” y “garantías institucionales” tiene muy poca utilidad si con ella se pretende construir dos regímenes diferenciados. Ambos aspectos forman parte de los derechos fundamentales, como también forman parte de ellos las particulares visiones que las distintas concepciones teóricas aportan a los mismos... Al igual que la oposición antitética entre igualdad y libertad es siempre una falsa alternativa, pues ambos son valores complementarios, también la libertad individual y la función objetiva de los derechos fundamentales han de armonizarse» (1988:170-1); previamente ya había sostenido RUBIO LL. en su voto particular en la STC 26/1987, de 27 de febrero que “...la idea... de que el núcleo esencial o reducto indisponible para el legislador es mas rígido o resistente en los derechos fundamentales que en las garantías institucionales... no es desde luego ni evidente, ni de general aceptación, pues las garantías institucionales, como las de instituto, no son, en la doctrina que establece estas distinciones, sino variedades de los derechos fundamentales como lo son, desde otro punto de vista, los derechos de libertad y los de igualdad o, en la terminología de nuestra Constitución, los derechos fundamentales y las libertades públicas”. Apoya estos planteamientos CRUZ V. (1999: 239-240).

²⁴⁹ Ésta sería, para JIMÉNEZ B., la principal diferencia entre los modelos español y alemán: mientras en este último la coexistencia de derechos fundamentales y garantías institucionales fortalecería a los primeros, en España los debilitaría (*Ibíd.*).

“...la doctrina está acorde con la significación objetiva de los derechos fundamentales y las consecuencias que de ello se derivan. También la jurisprudencia. No nos parece a nosotros que la utilización de garantías nacidas en otro contexto y con otra finalidad, como las garantías institucionales, estorbe mucho o induzca a confusión, en un marco dogmático en el que la doctrina científica se muestra tan consciente de su significación” (2006:423).

Para nuestros efectos importa considerar que a través de estas cláusulas se debe construir el ámbito de la propiedad resistente a la limitación legislativa y que, por lo mismo, debe ser respetado escrupulosamente por el legislador urbanístico cuando regula el derecho de propiedad.

2.2. Derecho de propiedad y libertad de empresa en España.

*«Art. 33. 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».*

2.2.1. Fundamentalidad y contenido esencial de la propiedad en la CE.

Aunque el Título I de la CE se denomina “De los derechos y deberes fundamentales” su capítulo segundo, “Derechos y libertades”, se divide en dos secciones: la primera, “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (arts. 15 a 29), y la segunda, “Derechos y libertades” (arts. 30 a 38). Atendido el tenor de estos títulos puede decirse que en el lenguaje de la CE sólo son derechos fundamentales los contenidos en la sección primera (como sugirió L. MARTÍN-RETORTILLO B., 1988:81-2), que cuentan con garantías normativas y jurisdiccionales reforzadas. En efecto, los derechos y libertades de ambas secciones poseen garantías comunes como la reserva legal de su regulación, el respeto de su contenido esencial (art. 53.1 CE), la eficacia directa del texto constitucional (“...vinculan a todos los poderes públicos...”) y el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley del art. 161 a) CE. A ello se añade, en los derechos de la sección primera, más garantías normativas (un procedimiento especialmente exigente para reformar las disposiciones que les atañen, art. 168 CE, y la necesidad de regularlos a través de Ley Orgánica —que supone mayoría absoluta del Congreso, art. 81.1 CE—) y jurisdiccionales (consistentes en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, art. 53.2 CE,

y la existencia de procedimientos de tutela, preferentes y sumarios, ante los Tribunales ordinarios²⁵⁰).

Dado que el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE) se encuentra en la segunda sección la generalidad de los autores entiende que no constituye un derecho fundamental (p. ej. BARNES V., 1988:117 y ss., MORELL O., 1999:644 y PAREJO A., 2003:814), tesis también compartida por la jurisprudencia (p. ej., la STS de 02.07.1998, RJ 1998\5123), siguiendo la ya comentada “desfundamentalización” del derecho de propiedad.

Existen, sin embargo, quienes controvierten esta afirmación. CRUZ V., por ejemplo, sostiene que el Tribunal Constitucional usa anfibológicamente la expresión “derechos fundamentales”, pues al interpretar la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE la restringe a la sección primera del capítulo segundo, pero en la mayoría de los demás casos la emplea en un sentido amplio que comprende a las dos secciones del capítulo, cuyo epígrafe es genérico (“De los derechos y deberes fundamentales”). Así ha ocurrido en referencia al derecho a la igualdad situado fuera de esa sección (véase, por ejemplo, la STC 19/1983, de 14 de marzo²⁵¹):

«La tesis que aquí se sostiene es la de que “derechos fundamentales” en el sentido de nuestra Constitución, y con la sola reserva de su significado más restringido en el art. 81.1 CE, son los derechos contenidos en el capítulo segundo del título I de la misma. En otras palabras, nuestros derechos fundamentales son, básicamente, los derechos y libertades que nuestra Constitución reconoce a lo largo de sus arts. 14 a 38... Esto es tanto si atendemos al contenido de estos derechos como si atendemos a su “fuerza” o virtualidad. / Si atendemos a su contenido, porque el único concepto “exportable” de nuestros derechos fundamentales es aquél... Sólo con este, en su conjunto, tendremos el “bagaje” de derechos fundamentales necesario... para medirnos con ese *standard* ideal de derechos con el que opera el Tribunal de Luxemburgo... / Pero sobre todo si atendemos a su “fuerza”... Si existen hoy día algunos elementos o datos que hagan reconocibles a los derechos fundamentales

²⁵⁰ Respecto de estos últimos puede verse el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en materia contencioso administrativa en los arts. 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE 14.07.1998) y las normas sobre protección civil de derechos fundamentales en los arts. 249.1 N°2, 433.1, 469, 477.2 N°1 y 479.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 08.01.2000, corregido en BOE 14.04.2000 y 28.07.2001). Sobre todo esto puede consultarse PÉREZ R., 2000:586-608.

²⁵¹ Señala su FJ 2 que “La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos. La mera lectura de los arts. 14 a 29, a que antes nos referíamos, acredita que existen derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos...”.

como categoría, estos son la tutela judicial y el respeto de su contenido esencial por el legislador...» (CRUZ V., 1999:25-7)²⁵².

De una línea semejante es PÉREZ R., para quien la dicción literal de las rúbricas de las dos secciones del capítulo II no es un argumento decisivo por lo que estima que todos los derechos del capítulo II —incluido el de propiedad privada— son fundamentales:

“...los derechos fundamentales son los derechos naturales democráticamente constitucionalizados acompañados de las notas distintivas de eficacia directa y vinculación a los poderes públicos, indisponibilidad para el legislador en su contenido esencial, control judicial y control de constitucionalidad. Éste es el *contenido mínimo pero suficiente* para la definición de un derecho como derecho fundamental” (PÉREZ R., 2000:283).

También se decanta por esta postura REY, al afirmar que la ubicación del derecho de propiedad en la sección segunda del Título I de la CE no afecta su calidad de derecho fundamental —aunque le prive de las garantías del art. 53.2 CE—, pues para esta calificación basta la existencia de un contenido mínimo garantizado por la Constitución²⁵³. Con ello rechaza la aplicación de la garantía institucional al

²⁵² Véase también CRUZ V., 1999:234-6 y 250.

²⁵³ CRUZ V. sostiene que al ligarse la condición de derecho fundamental a la jurisdicción de amparo se llega “...a que auténticos derechos fundamentales, dotados de la garantía expresa del contenido esencial, no serían tales por no estar en la sección primera, en tanto que derechos de creación legal, o incluso reglamentaria, si serían derechos fundamentales en cuanto integrados en el contenido adicional de un derecho de la sección primera...” (1999:241). Ello, pues se ha entendido que el “contenido esencial” puede ser complementado por las leyes con un “contenido adicional”, el cual también sería susceptible de amparo si el derecho corresponde a la sección primera, como señala la STC 51/1998, postura que CRUZ V. critica calificándola de una errónea “comprensión *espacial* o *topográfica* de la garantía del contenido esencial” (1999:241). REY comparte esta preocupación a propósito precisamente del derecho de propiedad: «Coincido con la mejor doctrina en que el criterio formal o normativo de fundamentalidad de los derechos es, precisamente, que dispongan de un contenido constitucional esencial infranqueable para el legislador. A mi juicio, la noción de “contenido esencial” del art. 53.1 CE es un simple recordatorio enérgico del principio general expuesto en el art. 9.1 CE de la sujeción de todos los poderes (incluido el legislador) a la Constitución y, por ello, no es sino la concreción respecto de los derechos de la superior fuerza normativa de la Constitución. Y, en consecuencia, todos los derechos subjetivos que el texto constitucional consagra serían “fundamentales”, también los denominados “dispersos”, como, por ejemplo, el derecho a utilizar como lengua oficial las distintas del castellano en los diversos territorios (art. 3.2 CE) o el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos (art. 105 b), entre otros. Desde un punto de vista material, tampoco parece irrazonable sostener el carácter fundamental del derecho de propiedad, tanto si se tiene en cuenta la tradición, o el derecho comparado (especialmente, el Derecho europeo) o su relación con bienes imprescindibles de la dignidad personal (art. 10.1 CE) como la libertad, la igualdad o la participación política. Que el sentido de esa “fundamentalidad” haya variado

derecho de propiedad, que a su juicio termina siendo un instrumento para rebajar la protección del derecho de propiedad²⁵⁴, justo al revés de lo pretendido por sus creadores e ignorando que en la CE los derechos fundamentales vinculan directamente al legislador —a diferencia del texto de Weimar— lo que hace innecesario acudir a esta técnica²⁵⁵. Hay, por cierto, quien sostiene que estamos en presencia de una garantía institucional (DOMÍNGUEZ, 2003:3723)²⁵⁶. En la misma línea de REY M. se sitúan PÉREZ L. y RODRÍGUEZ de Q. (1996:512 y ss.).

La pura existencia de la polémica anterior muestra que hay razones para entender que la CE redujo la importancia del derecho de propiedad y por ello no es extraño que se le haya considerado un *derecho subjetivo debilitado* (SSTC 111/1983 —la primera de las dictadas a propósito de la expropiación del grupo de empresas RUMASA S.A.—, FJ 8, y 37/1987, FJ 2)²⁵⁷, *devaluado* (REY M., 2005)²⁵⁸ o, incluso, la

profundamente en la historia es otro asunto y que la propiedad constitucional de nuestros días no sea la propiedad que consagraban los códigos civiles del Estado liberal *tout court*, no empece para seguir considerando, sobre bases teóricas parcialmente nuevas, que el derecho de propiedad es una pieza clave de la arquitectura del Estado social y democrático de Derecho» (2005:210-1).

²⁵⁴ CRUZ V. señala que en la STC 26/1987 implícitamente el Tribunal estima que “la libertad de configuración del legislador sería superior en el caso de tratarse de una garantía institucional que en el caso de tratarse de un derecho fundamental, protegido por la garantía del contenido esencial”; en otras palabras, la intensidad del control sería menor en el primer caso y mayor en el segundo (1999:67-8). Recoge también el voto particular de RUBIO LL. (*infra* nota 248).

²⁵⁵ “...es evidente, por mor de los artículos 9.1 y 53.1, que los derechos fundamentales (incluida la propiedad) vinculan también al legislador y el núcleo bajo el cual se subsume la garantía de instituto normalmente se protege por la garantía esencial del 53.1 CE. Por ello, lejos de contraponerse la vertiente objetiva y la subjetiva del derecho dominical (lo que constituiría un residuo inaceptable del pensamiento clásico de SCHMITT en este punto, cuando enfrentaba las categorías de derecho fundamental —transformado ahora en la dimensión subjetiva del derecho— y de garantía de instituto —convertida ahora en la dimensión objetiva del derecho—), en la regulación española **el lado institucional del derecho fundamental refuerza la posición jurídica del titular del dominio**, pues le proporciona el derecho de que también el legislador respete la garantía constitucional de la propiedad” (REY M., 1994:231-2, negritas en el original).

²⁵⁶ Con algún grado de ambigüedad, ya que afirma: “...pues que otra cosa puede entenderse que sea la propiedad si no es un derecho fundamental. La propiedad, de lo que fue, conserva la *garantía institucional*... Era y es un **derecho constitucionalmente relevante**, ya que se configura como el derecho de todos los derechos” (cursivas y negritas en el original).

²⁵⁷ Esto por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico en caso de expropiación. Para una crítica de esta concepción véase REY M., 2005:207-8.

²⁵⁸ REY M. estima que la treintena de sentencias del TCE que se han referido al derecho de propiedad están marcadas “por un intenso signo devaluador de la garantía constitucional”, al punto que “en ninguno de los recursos que ha resuelto sobre esta materia el TCE ha estimado hasta ahora que se haya violado el derecho de propiedad” (2005:196).

“*cenicienta*” de los derechos fundamentales (RODRÍGUEZ-ZAPATA P., 2002:20). Con todo, el tenor constitucional no parece alentar estas ideas, pues el art. 53.1 garantiza su contenido esencial (no la garantía de instituto²⁵⁹) ante la acción legislativa, que el TCE ha cautelado siguiendo el modelo expresado en la STC 11/1981. Probablemente la sentencia más paradigmática a la fecha ha sido la STC 37/1987, relativa a la constitucionalidad de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria de Andalucía, donde debía decidirse si las disposiciones de aquélla quebrantaban el contenido esencial del derecho de propiedad privada. En uno de sus fundamentos centrales afirma:

“...la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes. / Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito” (FJ 2).

²⁵⁹ Con alguna excepción como la STC 28/1999, FJ 7, si bien la mención no tiene mayores consecuencias.

El TCE añade más adelante que la utilidad individual supone que el propietario perciba alguna rentabilidad²⁶⁰ y, en la misma línea, la STC 89/1994 establece que tampoco debe experimentar un “vaciamiento del contenido económico” o de la “utilidad económica” de su bien²⁶¹.

También el TCE ha admitido como opción constitucionalmente lícita la separación entre propiedad del suelo y derecho a edificar en su probablemente más relevante decisión en materia urbanística, la STC 61/1997, de 20 de marzo, que declaró inconstitucional la mayor parte del TRLS 92 por razones competenciales²⁶². En lo que nos interesa la sentencia reconoce que el título competencial del art. 149.1.1 CE “...permite al legislador estatal opciones diversas y, a la postre, modelos diferentes de propiedad urbana, en sus condiciones básicas”, y añade:

“A resultas de esas condiciones básicas, por tanto, el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales, como, por ejemplo y entre otras, **la que disocia la propiedad del suelo del derecho a edificar, modelo éste que ha venido siendo tradicional en nuestro urbanismo**” (FJ 10, negritas nuestras).

²⁶⁰ Afirma que no infringe el contenido esencial de la propiedad agraria una “...regulación legal que, restringiendo las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fondos rústicos, imponga a éste o permita imponerles determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, *siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la Empresa agraria*” (FJ 2, cursivas nuestras).

²⁶¹ Señala el FJ 5º: “La utilidad económica de la propiedad dada en arrendamiento implica la percepción de la correspondiente merced arrendaticia, por lo que una disposición que supusiera el vaciamiento del contenido económico de la renta acordada podría representar la vulneración del derecho reconocido en el art. 33 de la Constitución”.

²⁶² Puede verse una reseña sintética en MENÉNDEZ R., 2001:23-25, y PARADA V., 2002:370-377. Esta sentencia —que anuló casi dos tercios del TRLS 92— fue criticada por la generalidad de la doctrina. Aunque con matices, coincidieron en la crítica, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, 2000b:87-99, PARADA V., 2002: 377-8, FERNÁNDEZ R., 1997a y 2005, o PAREJO A., 1997:571-585, con algunas excepciones como GONZÁLEZ PÉREZ, 2000:170 (quien la estimó “...congruente con el texto constitucional y con los propios precedentes del TC al enfrentarse con las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas”) o parcialmente BAÑO L., pues aceptó la proscripción de la “supletoriedad estatal” («...no puede negarse que la doctrina del TC es perfectamente razonable en el marco de un Estado de las Autonomías desarrollado, puesto que es difícil sostener que el Estado pueda dictar normas a título supletorio. El artículo 149.3 CE dice que las normas estatales tendrán “en todo caso” carácter supletorio del Derecho de las CC.AA. Pero lo que no dice ese precepto es si el Estado puede, sin título competencial, dictar normas con ese carácter», 1998-1999:156) admitiendo, simultáneamente, que la vinculación del título del art. 149.1.1ª (condiciones básicas) con el capítulo tercero del Título I (principios rectores de la política social y económica) “...permitiría encontrar pautas interpretativas suficientes para permitir un modelo urbanístico básico...” (*Ibid.*:157-158) que garantizara la igualdad de todos los españoles. Esta postura fue desarrollada con mayor extensión por PAREJO A. (2003b y 2007b) y es la que adoptará la LS 2007.

La doctrina ha tenido distintas valoraciones sobre este tema. Para BARNÉS el contenido esencial de la propiedad consta de dos elementos inescindibles: la rentabilidad económica que le pueda producir al propietario la explotación directa de los objetos de su dominio, y el que esta explotación haga accesible al resto de las personas los bienes —que él denomina “eficacia difusiva”—. En su perspectiva, las facultades de goce y disposición forman parte de la esencia del derecho, pero la Constitución no garantiza una concreta amplitud de goce o disposición para el propietario, asunto que toca definir al legislador, pero siempre respetando que en la ecuación cargas-beneficios el propietario salga favorecido (BARNÉS, 1988:323).

En una postura más favorable a la amplitud del dominio se sitúa MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, cuando afirma “...que la garantía constitucional incluye todo el poder de goce y disposición que permita cada tipo concreto de bien, por su propia naturaleza, habida cuenta de la integridad de la función social del derecho de propiedad sobre él, con arreglo a la cual la ley habrá de hacer... la *determinación de límites* que resulten razonables. No hay base en la Constitución para entender que se ha entregado al poder público el *entero poder para decidir el tipo de goce y el tipo de poder de disposición* que haya de corresponder a cada tipo de bien... Es cierto que el margen de determinación deferido al legislador es grande, pero éste debe encontrar sus límites constitucionales *en la misma naturaleza de los bienes*, de que en buena medida depende la concreta función social que ha de cumplir el derecho de propiedad sobre ellos, así como en el principio... de *necesaria justificación* proporcionada de los límites a la libertad individual, y en el *principio de igualdad*...”. El contenido esencial, para este autor, reside en reconocer un “...*espacio para la libre determinación en el ejercicio de las facultades dominicales, que es radicalmente consustancial con la noción misma del derecho a la propiedad privada*” (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, 1992:71, 73, 77 y 78). En una línea parecida se ha señalado que “una propiedad privada que no implicase un derecho a la utilización y disfrute de los bienes en función de un *interés propio* no sería propiedad” (DOMÍNGUEZ, 2003:3723, cursivas nuestras).

Existen también autores que restringen el alcance del contenido esencial garantizado. MONTÉS, fuertemente influido por la doctrina italiana²⁶³, es de este parecer. «Se trata —dice— de no suprimir el instituto “propiedad privada” por obra del legislador ordinario» (MONTÉS, 1980:165-6), lo que supone que perviva en la organización socioeconómica alguna categoría de bienes apropiables por los

²⁶³ Cfr. MONTÉS, 1980:155, nota 243, con numerosas opiniones de autores italianos que sostienen que en su sistema jurídico la única garantía existente es que la propiedad ya constituida sólo puede expropiarse por ley, fundándose en la utilidad pública y previa indemnización. No se prohíbe que leyes futuras establezcan nuevas limitaciones a la propiedad ya constituida o creen derechamente nuevos estatutos dominicales que confieran menos facultades que los existentes, con tal que carezcan de efecto retroactivo.

particulares. El objeto de la protección constitucional es la propiedad privada como institución, no pudiendo el legislador ordinario suprimirla respecto de los medios de producción como base de la organización económica. Sin embargo, “...no se reconoce el *status quo*, ni en la extensión ni en el *quantum*” (MONTÉS, 1980:168), tolerándose cualquier tipo de limitación que sea general. Añade que “Sólo los sacrificios *individualizados* se indemnizan en nuestros sistemas”; los generales sólo darían derecho a una “distribución equitativa de cargas y beneficios”, como ha planteado tradicionalmente la legislación urbanística (y actualmente el art. 35 b) del TRLS 2008). Con todo, este autor reconoce un ‘contenido mínimo’: “la imposición de vínculos o límites a la propiedad no podría llegar a ser tal que impidiera el desarrollo de la libre iniciativa económica privada, o que la hiciera ilusoria” (MONTÉS, 1980:158).

El propio Díez-PICAZO P. ha aplicado al derecho de propiedad la doctrina jurisprudencial que él mismo inició como ponente de la STC 11/1981, señalando que para aproximarse a la esencia de este derecho debe acudir a dos criterios complementarios, uno dogmático (parte del contenido que permite la reconocibilidad del derecho como perteneciente a un determinado tipo) y otro de jurisprudencia de intereses (la parte del contenido que resulta necesaria para que queden protegidas las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir y de los que es instrumento). En base al criterio dogmático “un derecho de propiedad sólo es reconocible como tal si en él se produce la conjunción de los clásicos *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius disponendi*”. De acuerdo a la jurisprudencia de intereses, por su parte, la propiedad resguardaría la dignidad y libertad de las personas y el libre desarrollo de su personalidad, como también la iniciativa y gestión económica en una economía de libre mercado, lo cual sólo sería “...posible si se reconoce un derecho subjetivo a los valores en uso, en renta y en venta de los bienes”. No podrían, de este modo, configurarse estatutos dominicales sin libre disposición, o que excluyeran de la propiedad privada los bienes de producción; y es que no cabe convertir a la propiedad “en una concesión enfitéutica o en una concesión administrativa” (DÍEZ-PICAZO P., 1991:1262-1263).

No hay, por tanto, una respuesta completa. La identificación de las facultades de goce y disposición no parece un criterio suficiente para considerar que estamos en presencia del contenido esencial. El *quantum*, vale decir, la extensión de estas facultades, parece un punto también relevante, que debiera determinarse caso a caso aplicando el test de proporcionalidad considerando sus tres subprincipios: el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto²⁶⁴.

²⁶⁴ *Supra* nota 243. Es interesante consignar el voto particular del magistrado Rodríguez Bereijo en la STC 89/1994 —al que se adhirieron los magistrados Cruz Villalón y Gabaldón López— en que señala que la combinación de la prórroga forzosa de los

2.2.2. Delimitación y función social de la propiedad: concepción estatutaria del derecho de propiedad urbana.

La noción de función social llega a España por influencia del krausismo y sectores del catolicismo a inicios del siglo XX (FERNÁNDEZ S., 2005:99-110) y se consagrará implícitamente en la Constitución de 1931²⁶⁵, texto que evita caracterizar la propiedad como un derecho en su art. 44 —antecedente del art. 128.1 CE— y, en cambio, parte declarando que “Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes”²⁶⁶. Su inciso

contratos de alquiler y la no actualización de la renta, conforme a las disposiciones de la Ley de Arrendamientos Urbanos entonces vigente, “...determina, en numerosos casos, el vaciamiento total del derecho de propiedad, incluso de ese núcleo mínimo que es su utilidad económica individual, y lo hace por ello constitucionalmente inaceptable... por cuanto se priva de su derecho al titular sin que el legislador haya establecido ningún género de compensación económica que restablezca, a modo de conversión en un equivalente económico (art. 33.3 C.E. y STC 37/1987, FJ 2), la integridad del contenido esencial de la propiedad”. En definitiva, el legislador estaría desplazando “...sobre algunos propietarios inmobiliarios (pero no sobre todos) los costes de una determinada política social (de la vivienda, en este caso) mediante el sacrificio de su derecho de propiedad”. La decisión mayoritaria fue estimar constitucional la prórroga forzosa en cuanto tal y no pronunciarse sobre la no actualización de la renta por no haberse alegado que los artículos que la establecían eran inconstitucionales. Desgraciadamente se perdió una buena ocasión para aplicar un control de proporcionalidad.

²⁶⁵ Según relata GALLEGO A. (2006:134-5) el proyecto de Constitución de Primo de Rivera, de 1929, garantizaba en su art. 25 la propiedad “como facultad de gozar y disponer entre vivos y mortis causa de los bienes, y obligación correlativa de usarlos de modo que no lesione el interés general” y añadía que las leyes fijarían sus límites “en consideración a su fin individual y social”. Iniciada la República se dictó un Estatuto Jurídico del Gobierno Provisional (Gaceta Oficial de 15.04.1931) que en su art. 5º reconoció expresamente “que el derecho agrario debe responder a la función social de la propiedad” (véase sobre esto último ALGIBEZ C., 1978:9-10).

²⁶⁶ El texto completo es el siguiente: “Art. 44. Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. / La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. / Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada. / Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija. / El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. / En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes”.

segundo admite la posibilidad de expropiaciones sin una indemnización adecuada²⁶⁷.

La dictadura franquista, en cambio, reconocerá expresamente el derecho de propiedad privada en el Fuero del Trabajo (XII.1), de 9 de marzo de 1938, y el Fuero de los Españoles (art. 30), de 17 de julio de 1945, amparándola “como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales”. En el segundo aparece la idea de función social, pues a renglón seguido se añade que “Todas las formas de propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la Nación y al bien común” y que “La riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruida indebidamente ni aplicada a fines ilícitos”. La curiosa Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958, mencionará expresamente la función social al reconocer “a la propiedad privada, en todas sus formas, como derecho condicionado a su función social” (X)²⁶⁸.

La Constitución de 1978, como sabemos, dispone expresamente que la función social del derecho de propiedad “delimitará” su contenido, de acuerdo con las leyes. La doctrina ha entendido que esto supone que la función social pasa a integrar la estructura misma de este derecho. Se ha dicho que este precepto exige al legislador que, sin desactivar los poderes tradicionales que confiere este derecho los oriente al interés general, especialmente asignándoles comportamientos positivos que satisfagan aquél mejor que las típicas imposiciones de abstención decimonónicas (BARNÉS V., 1988:59). De este modo, se llega a una “Propiedad Constitucional”, que representa “una feliz conjunción o apretada síntesis de intereses y bienes en juego, que se aleja de toda interpretación que vea en ella un esquizofrénico choque de irreductibles posiciones”, y en la cual:

«...el interés colectivo —la función social— y el interés del particular (diseccionados idealmente a efectos meramente expositivos), sólo pueden armonizarse si (y en la medida que) coinciden con plenitud. Los dos polos se identifican con rotundidad en la propiedad constitucional. En consecuencia, el contenido del derecho de propiedad, los “poderes” del titular son necesariamente útiles para la sociedad» (BARNÉS V., 1988:63, cursivas en el original).

Así, función social e interés particular pasan a ser las caras de una misma moneda, pues al propietario se le exige “que la explotación del bien sea socialmente útil”, y “socialmente útil es garantizarles a todos los ciudadanos singulares el eficaz ejercicio de sus libertades (fundamento ético político) y también lo es demandar del

²⁶⁷ Pueden verse los ejemplos de la nacionalización de los bienes de la Compañía de Jesús o la expropiación de terrenos pertenecientes a partícipes de la sublevación del General Sanjurjo (FERNÁNDEZ S., 2005:111).

²⁶⁸ Sobre los antecedentes normativos puede profundizarse en PÉREZ L., 1996:499-503.

titular del derecho que con todas sus fuerzas (lo que permita el uso del bien) contribuya al bienestar social” (BARNÉS V., 1988:59)²⁶⁹.

Siguiendo con el análisis del art. 33.2 de la CE, delimitar es fijar las “los contornos o fronteras del derecho o libertad que resultan de la propia norma constitucional que reconoce el derecho protegiendo jurídicamente una esfera de la realidad que menciona” (OTTO Y PARDO, 1988:142). En otras palabras, consiste en definir el ámbito del derecho tanto de manera positiva como negativa, esto es, identificando que incluye y que excluye, en una interpretación sistemática y unitaria de las distintas normas constitucionales que resulten aplicables, aquello que el TCE llamó imprecisamente “límites naturales” en la STC 5/1981. Por ello OTTO Y PARDO señalaba que la sanción de un eventual incendio neroniano no sería una “limitación” de la libertad de creación artística sino, simplemente, la sanción de un incendio (1988:146).

A diferencia de la operación anterior la limitación actúa sobre el derecho ya delimitado para restringirlo, vale decir, para reducir su virtualidad. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ R. lo explican afirmando que “La delimitación de un derecho es... fijar su «contenido normal», señalar límites o fronteras a su extensión, que no puede ser nunca ilimitada; por el contrario, la limitación de un derecho opera sobre ese contenido normal, para restringir sus posibilidades de ejercicio” (2002:156). Procurando clarificar los términos DÍEZ-PICAZO G. ha sugerido referirse a:

«...“delimitación” para designar aquéllas intervenciones tendentes a completar la indeterminación del texto constitucional, fijando hasta donde llega un derecho; y... “restricciones” para designar cualesquiera medidas, de alcance general o particular, que reducen el ámbito de aplicabilidad de un derecho. Es importante subrayar que delimitación no es sinónimo de restricción con alcance general, ya que... es posible que se complete la indeterminación del texto constitucional ampliando su sentido primigenio» (DÍEZ-PICAZO G., 2003:103).

²⁶⁹ BARNÉS V. advierte que no se trata de identificar los intereses individuales con el interés general, como si el segundo resulta del libre juego de los primeros, sino de reconocer que a través de la intervención pública/legislativa —que debe representar al interés general— se puede llegar a una más amplia difusión de los bienes económicos y, por consiguiente, a un mayor bienestar social. Así, reconocer la función social es superar un esquema antitético de intereses en que el legislador no sería más que un simple árbitro político. Para este autor, en el sistema español la función social se traduce “en última instancia, en hacer accesible a todos los ciudadanos el disfrute de los bienes económicos en general, y la propiedad de los bienes de producción en particular” (BARNÉS V., 1988:69, cursivas en el original). Por lo mismo BARNÉS V. estima que el “abuso del derecho” sería una noción obsoleta, pues “la protección para la que se otorga (la propiedad) -el interés jurídicamente protegido- no puede amparar en ningún modo extralimitaciones”, de modo que no cabe exceso de poder, sino ausencia de éste (Ibid.:71).

De hecho, la doctrina reconoce que la frontera entre delimitar y restringir (o limitar, podríamos decir) está lejos de ser nítida²⁷⁰. De igual manera, ambas operaciones — que no generan derecho a indemnización — deben distinguirse de las privaciones — que si dan lugar a ésta, conforme al art. 33.3 CE—. Cómo ha dicho la STC 227/1988, que resolvió una serie de recursos interpuestos contra algunas disposiciones de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas:

“Es obvio, por otra parte, que la delimitación del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente” (FJ 11).

Como es lógico, “las medidas normativas generales de regulación o delimitación de la propiedad, sin privación singular de las mismas a sus titulares, ni están prohibidas por la Constitución, ni dan lugar por sí mismas a compensación indemnizatoria alguna” (PAREJO A., 2003:817). Sólo excepcionalmente tales medidas pueden dar lugar a indemnización aplicando las normas generales de responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos²⁷¹.

En el caso de la propiedad del suelo urbano nos encontramos con una aplicación clara de la técnica delimitadora: y es que el contenido del derecho de propiedad se establece, en definitiva, en los planes urbanísticos, en virtud la legislación que les sirve de fundamento. Se trata de una de las bases del sistema inaugurado por la LS 56, como destacara tempranamente GARCÍA DE ENTERRÍA: el uso urbanístico —*lato sensu*— constituía “una función pública, y por ende, exclusiva de la Administración”, sin que en su fijación hubiese “una privación de intereses o facultades privadas, que antes de la ordenación... no existen” (1958:492, 494 y 502). El plan no restringía ni privaba de algo, al revés, atribuía positivamente “...contenidos urbanísticos artificiales que no están en la naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística” (CARCELLER F., 1992:327). Se trataba de un “giro copernicano” respecto de la situación anterior:

“Hasta este momento la dirección pública de la actividad urbanística operaba por el sistema de las limitaciones y deberes impuestos a la propiedad privada. El paso consiste, dicho llanamente, en privar a la propiedad privada de todas las

²⁷⁰ Aparte del propio Díez-PICAZO G. (*Ibid.*) puede verse AGUIAR DE LUQUE, 1993, y CIANCARDI, 2001.

²⁷¹ Véase el art. 139.3 de la LRJPAC. Un panorama de la situación en PAREJO A., 2003:817-820 y 873-877 y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ R., 2002:214-217, 240-249 y 387-392, entre otros.

expectativas urbanísticas y en considerar éstas como derivadas directamente del plan público, en lugar de entender que el plan debía reducirse a limitar las expectativas urbanísticas que sustantivamente emanasen de la propiedad misma” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1958:501).

El mismo autor añadía expresamente que “la incidencia del derecho urbanístico sobre la propiedad fundiaria no puede ya explicarse en los términos tradicionales de la limitación de la propiedad” y traía a colación dos conceptos elaborados por la doctrina alemana:

“...no se trata ya propiamente de *Eigentumsbeschränkungen*, sino de *Eigentumsbegrenzung*; no de restricciones o limitaciones de a propiedad, sino de delimitación de la propiedad en su contenido normal; no de una limitación o ablación de algo positivo y plenario, sino de un límite de extensión, de un confín” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1958:503).

Esta formulación pasó a ser clásica y gozar de una profunda influencia —incluso en la doctrina civilista²⁷²— pero no hacía más que exponer de forma clara y lúcida ideas rotundamente expresadas en los arts. 61 y 70.1 de la LS 56, éstos si adelantados a las concepciones de su época²⁷³. Mientras el primero disponía que las facultades del derecho de propiedad debían ejercerse “dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, **o en virtud de la misma, por los planes de ordenación**, con arreglo a la calificación urbanística de los predios” (negritas nuestras), el segundo afirmaba que “la ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciadas en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización por implicar nuevas limitaciones y deberes que **definen el contenido normal de la propiedad** según su calificación urbanística”. Estos principios perduraron en los arts. 76 y 87.1 del TRLS 76, los arts. 5, 6 y 8 del TRLS 92, los arts. 1 y 2 de la LRSV²⁷⁴ y, actualmente, los arts. 7.1 y 8.1 del TRLS

²⁷² Pueden verse, por ejemplo, DE LOS MOZOS M. (1964) y DIEZ-PICAZO P. (1971 y 191:1268). Este último declara en un conocido trabajo de 1971 que se ha invertido la relación existente entre la tierra y las construcciones. El clásico principio *superficie solo caedit* se torna obsoleto porque ahora lo que realmente vale no es el suelo, sino lo que se puede construir sobre él (“la capacidad de crear riqueza sobre él”). Del mismo modo, el valor de localización “no es nunca una obra individual, sino una obra social” (1971:30).

²⁷³ Como ha destacado laudatoriamente la doctrina (p. ej., GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO A., 1979:79, y FERNÁNDEZ R., 2007:21). Sobre las particularidades de su proceso de elaboración puede verse BASSOLS C., 2006:48-63).

²⁷⁴ Hay quienes vieron en la LRSV una superación de esta concepción en tanto este cuerpo legal reconoció a los propietarios de suelo urbanizable el derecho a promover la transformación del suelo urbanizable, esto es, a urbanizarlo (p. ej., y a partir de lo dispuesto en el RD Ley 4/2000, de 23 de junio, GALLEGO A., 2002:22-24). Pero la mayoría de la doctrina y la práctica no sacó la misma conclusión, como reconoce SÁNCHEZ G. (2007:111-117) citando, incluso, la Exposición de Motivos de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (BOE núm.

2008, o más bien —y en estricto rigor—, los preceptos respectivos de las diversas leyes autonómicas de urbanismo. Como ejemplo pueden revisarse los arts. 48 y 49 de la LsAndalucía, 5 y 6 de la LsCataluña, 9 y 10 de la LsMadrid ó 19 y 33 de la LRAUValencia.

La LS 56 garantizó a los propietarios del suelo un volumen edificable mínimo (1 m³ edificabilidad/5 m² de superficie²⁷⁵), idea que no pasaría al TRLS 76 que se limitó a reconocer el derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento en los términos previstos por la ley (art. 87.1) y el derecho a ser indemnizado por las vinculaciones o limitaciones singulares que restringieran el aprovechamiento urbanístico del suelo y no pudieran ser objeto de distribución equitativa entre los interesados (art. 87.3). El TRLS 92 (arts. 7º y 239.2), la LRSV (arts. 5º y 43) y el TRLS 2008 (arts. 8.1.c) y 35 b) mantuvieron este criterio, lo que en buenas cuentas viene a decir que la delimitación opera con gran libertad, supuesto un régimen equidistributivo que homogeneiza los resultados de la ejecución del plan, y que cuando no puede operar ordena reparar la desigualdad de trato indemnizando. Puestas así las cosas el derecho de propiedad del suelo urbano exhibe un contenido notablemente frágil, pero no parece ofrecer duda que este resultado sea perfectamente constitucional.

Un último aspecto a destacar en esta materia es la intervención administrativa en la operación delimitadora. Como vimos, la CE estableció que la función social de la propiedad delimitaría el contenido de este derecho no por ley a secas, sino “de acuerdo con las leyes”. Esto último da a entender que se trata de una reserva de ley relativa, vale decir, que admite la colaboración reglamentaria para su complemento, supuesto que la ley regule el núcleo esencial de la delimitación y no dé pie a una deslegalización de la materia²⁷⁶. GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO A. justifican la necesidad de acudir al plan en materia urbanística afirmando que la ordenación urbanística exige “...ineludiblemente la adopción de medidas singulares para cada zona territorial en razón de sus características y problemática concreta y al modelo urbanístico también específico que sobre dicha zona intenta

18, 21.01.2003). Ésta, aprobada por un parlamento autonómico “con una mayoría política del mismo signo que la que alumbró la Ley estatal”, y declarando ajustarse a sus derroteros afirma también integrarse “...de un modo natural en la concepción estatutaria del derecho de propiedad, formulada por la jurisprudencia y la doctrina especializada... en donde ni la clasificación ni la calificación o asignación pormenorizada de usos e intensidades produce derecho a indemnización alguna, al entender que la urbanización y transformación jurídica y fáctica del suelo es una facultad exógena al derecho de propiedad, que sólo puede efectuarse en aquellas zonas o terrenos que gocen previamente de la clasificación adecuada” (III.2). Ello acredita la hegemonía del enfoque estatutario de la propiedad (*Ibid.*:115).

²⁷⁵ Con algunas excepciones. Véanse los arts. 69.1 2ª y 70.2 de esta Ley.

²⁷⁶ Sobre esto puede verse, entre otros, MUÑOZ M. (2006:918-920).

establecerse”; por ello “...lo característico de la técnica del plan urbanístico es que este desarrollo [el de la ley] se realiza, no por un proceso de ulterior concreción de las normas sin pérdida de su abstracción y generalidad, como suele ser común en la articulación Ley-Reglamento, sino mediante una particularización referida a un espacio o territorio concreto y singular...” (1979:162). GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ R. han calificado esta técnica como una “delimitación administrativa” del derecho realizada en ejercicio de una “remisión normativa” (2001:268):

“Que la delimitación del derecho de propiedad urbana se realice por decisión especial de la Administración y no mediante normas generales y abstractas (y aquí está una de las técnicas más características de la planificación) se explica a través del mecanismo de la remisión legal: la LS remite al Plan aprobado por la Administración esa determinación, que queda hecha no en función de valoraciones abstractas (éste es el sistema de delimitación legal de los derechos), sino desde la perspectiva de una situación espacial, urbana, social absolutamente singular, la que es propia de cada ciudad o centro urbano” (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ R., 2002:156-7).

Debe consignarse que aunque la conclusión anterior es mayoritaria y concordante con la práctica administrativa y judicial, hay autores que han visto aquí una vulneración del principio de legalidad, como BOQUERA O.²⁷⁷ Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional admite esta forma de colaboración reglamentaria a propósito de la propiedad inmobiliaria:

“Resulta, sin embargo, evidente que el art. 33.2 de la propia Constitución flexibiliza la reserva de Ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por la Ley, pero también por la Administración «de acuerdo con las Leyes» cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla. Prohíbe esta concreta reserva de Ley toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración

²⁷⁷ Ironiza este autor: «Antes decían que la Ley del Suelo de 1956 era un marco general y abstracto que, en 1975, redujo un poco estas características. Ahora la LS “no abdica... ninguna de sus responsabilidades -dicen GARCÍA DE ENTERRÍA Y PAREJO en su citado libro-, antes bien las atiende hasta el límite material de sus posibilidades... De... ser esto cierto, los planes de urbanismo, sin moverse, pasarían a regular puntos de una materia sobre los que la LS no ha establecido ningún criterio o regla (remisión normativa en su segundo sentido o reglamentos independientes) a ser determinaciones singularizadoras que han de tomar en cuenta localizaciones concretas de cada porción de territorio (remisión normativa en su primer sentido o reglamentos de ejecución)...”, y añade más adelante: “La Constitución no permite que los planes, mediante la denominada remisión normativa, entendida en su segundo sentido, faculte a la Administración para configurar la propiedad por medio de los planes de ordenación urbana. Lo más conveniente sería olvidarse de la remisión normativa” (BOQUERA O., 1992:53 y 59).

del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable, por lo demás, cuando, como es el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse” (STC 37/1987, sobre Ley de Reforma Agraria de Andalucía, FJ 3)²⁷⁸.

Todo lo que hemos explicado lleva a que se hable del “carácter estatutario” de la propiedad urbana, expresamente reconocido en el art. 7.1 del TRLS 2008, que dice que “El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”. En palabras de PAREJO A. y ROGER F.:

“El carácter estatutario del contenido urbanístico del derecho de la propiedad del suelo es algo tradicionalmente afirmado por nuestra doctrina jurídica y por la jurisprudencia, incluida la constitucional. Significa que la propiedad es una situación jurídica compleja, formada por una mixtura de facultades y deberes (los delimitados respectivamente en los artículos 8 y 9 de TRLdS08) y cuyo contenido y alcance no son potencialmente ilimitados, sino que vienen configurados por la ordenación aplicable, en este caso la urbanística” (2008:168).

Y añaden que este carácter explica que el contenido urbanístico de la propiedad esté “...siempre en la disposición de la potestad de planeamiento, de modo que el cambio de la ordenación (mediante el ejercicio del conocido como *ius variandi*) es, en principio y como regla general, sólo cambio del Derecho objetivo frente al que no puede esgrimirse derecho alguno a su permanencia y que, por ello, no determina responsabilidad extracontractual alguna en la Administración actuante”

²⁷⁸ Véase el contraste con la STC 292/2000 que, analizando la reserva del art. 18.4 CE — redactada en términos de una reserva absoluta: “La ley limitará...” —, afirma que “cuando la Constitución no contempla... que un Poder Público distinto al Legislador fije y aplique los límites de un derecho fundamental o que esos límites sean distintos a los implícitamente derivados de su coexistencia con los restantes derechos y bienes constitucionalmente protegidos, es irrelevante que la Ley habilitante sujete a los Poderes Públicos en ese cometido a procedimientos y criterios todo lo precisos que se quiera, incluso si la Ley habilitante enumera con detalle los bienes o intereses invocables por los Poderes Públicos en cuestión, o que sus decisiones sean revisables jurisdiccionalmente”. Y añade: “La fijación de los límites de un derecho fundamental, así lo hemos venido a decir en otras ocasiones, no es un lugar idóneo para la colaboración entre la Ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente (SSTC 83/1984, de 24 de julio, F.J. 4, 137/1986, de 6 de noviembre, F.J. 3, 254/1994, de 15 de septiembre, F.J. 5)”.

(PAREJO A. y ROGER F., 2008:169), con excepción de lo dispuesto en el art. 35 del TRLS 2008.

Este “carácter estatutario” ha sido permanentemente reconocido por la jurisprudencia²⁷⁹, la legislación urbanística autonómica (ya vimos algunos ejemplos) y la mayoría de la doctrina administrativa²⁸⁰. Existen, sin embargo, autores que la rechazan, básicamente por entender que el derecho a urbanizar y/o el derecho a edificar sería parte del contenido esencial del derecho de propiedad del suelo urbano²⁸¹. Un ejemplo es GALLEGO A., quien sostiene que:

“...la disociación entre el *ius aedificandi* y la propiedad del suelo, vigente en nuestro derecho urbanístico de acuerdo con la concepción estatutaria de la propiedad (el plan me da y me quita el aprovechamiento urbanístico, porque éste es artificial), es la base de la arbitrariedad y falta de previsibilidad frecuente en la práctica urbanística... De acuerdo con esta doctrina, la autoridad de planeamiento se

²⁷⁹ Pueden verse sentencias recientes, como p. ej. las SsTS de 30 de julio de 2008 (RJ 2008\4512), 19 mayo 2008 (RJ 2008\4396) y 18 julio 2007 (RJ 2007\4900), o las numerosas citadas por GONZÁLEZ-VARAS I. (2005:490), especialmente las SsTS de 6 de marzo de 1998 (RJ 1998\2491), de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996\1646) y de 16 de julio de 1997 (RJ 1997\6121), y otras antiguas como la STS de 12 de mayo de 1987 (RJ 1987\5255, citada en GONZÁLEZ P., 2008a:224), o la STS 12 de marzo de 1973 (GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO A., 1979:412).

²⁸⁰ Puede verse dentro de los comentarios al nuevo texto legal las siguientes opiniones favorables o, al menos, acríicas en este punto: GONZÁLEZ P. (2008a:217-226), SANTOS D. y CASTELAO R. (SÁNCHEZ G., 2007:259-262), MARTÍNEZ C. (2007:92), DÍAZ L. (2008:60-62) y GARCÍA G. (2007:58-61). En relación a la legislación precedente puede verse FERNÁNDEZ R. (2007:117-125, que mantiene con cambios menores derivados de la LS 2007 lo mismo que afirmaba a este respecto al comentar la LRSV, en la 15ª ed. de su difundido Manual, 2000:113-121), GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO A. (1979:401-422), GONZÁLEZ P. (1998:67-69), GONZÁLEZ-VARAS I. (2005:487-494), MARTÍN M. (1967:136-150), MARTÍN R. (2007:58), MUÑOZ M. (2003:2141-2155) o PAREJO A. (1986:83-98). Un recuento de algunos de éstos y otros autores en esta línea (como BASSOLS C., GÓMEZ-FERRER M. o MARTÍN B.) en TEJEDOR B. (1998:153-4).

²⁸¹ Puede verse una revisión de autores que critican el “carácter estatutario” de la propiedad urbana en TEJEDOR B. (1998:158-164). Otros casos son DE LOS MOZOS M. (2005, variando su opinión de 1964), MARTÍNEZ L. (2005), MEDINA L. (1999:175-7), PÉREZ H. (2003 y 2005), RAMS A. (2005) o SALA A. (2005). También se reflejó esta diversidad de enfoques en la tramitación parlamentaria de la LRSV. Mientras la portavoz del Grupo Parlamentario Socialista, Dña. Cristina Narbona R., defendía un texto alternativo al del gobierno en que “el derecho a urbanizar y el derecho a edificar se deslindan nítidamente del derecho de propiedad”, uno de los parlamentarios del Partido Popular, D. Luis Ortiz G., le replicaba defendiendo “un concepto de derecho de propiedad no disociado de su contenido esencial: las facultades urbanísticas, el derecho a urbanizar, el derecho a la urbanización, el derecho a edificar y el derecho a la edificación” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Sesión Plenaria 108, 30 de octubre de 1997, p. 5701 y 5703). Cabe señalar que pese a este planteamiento del grupo popular la LRSV, que contaba con la mayoría parlamentaria, no varió significativamente el modelo de 1956 (cfr. *supra* nota 274).

encuentra con que el propietario no tiene nada urbanísticamente hablando, y por lo tanto no está obligado a ponderar si le cercena o no dicho aprovechamiento urbanístico. Algo muy diferente ocurre si el punto de partida es el opuesto, *prima facie* todo propietario tiene derecho a edificar y urbanizar: el *ius aedificandi* es parte esencial del derecho de propiedad de la tierra; como ha dicho el TC: el *ius aedificandi* representa el eje mismo de esta manifestación del dominio [STC 61/97, FJ 17 c]. A salvo, como es lógico, el suelo de especial protección” (GALLEGO A., 2002:34, véase también 2006:136-144)²⁸².

Visto así parecería que el tema central sería perfeccionar el control de la discrecionalidad del planeamiento, lo que parece razonable. Sin embargo, no hay que olvidar que, por una parte, existen técnicas cada vez más sofisticadas para controlar la potestad planificadora²⁸³ y, por otra, entender que el *ius aedificandi* integra la propiedad lleva a que, a renglón seguido, deba ser valorado a efectos expropiatorios o en caso de alteraciones del plan de signo desfavorable. Esto último lleva a patrimonializar las expectativas y encarecer el precio del suelo, esto es, favorece la especulación que en este campo —a diferencia de otros— debe ser impedida por el legislador, según el propio texto constitucional (art. 47 CE). El TRLS 2008 toma una clara postura en esta materia en su art. 7.2, señalando que:

“2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”.

De allí que el derecho a edificar sólo surgirá con la licencia urbanística:

“Antes de la licencia, auténtico acto constitutivo de derecho, sólo hay un derecho a solicitarla, sin que tal facultad, en caso de modificación de las condiciones de edificación otorgue derecho alguno a la indemnización. Después de la licencia, cualquier modificación debe ser indemnizada con arreglo a los arts. 23 y 30 de la LS 2007. Decimos que la licencia, en la nueva ley, es un acto constitutivo (frente al tradicional carácter declarativo de la autorización administrativa), pues si bien la Administración tiene la obligación de otorgarla a quien reúna los requisitos establecidos, sólo el otorgamiento de la licencia permite la incorporación al patrimonio del propietario de la edificación prevista en el Plan. Frente a un cambio en la ordenación quien no tiene licencia de obras, no tiene derecho a la indemnización de la edificación” (BAÑO L., 2008:88).

²⁸² En sentido semejante SALA A. (2005).

²⁸³ Cómo han puesto de relieve especialmente DELGADO B., 1993, y DESDENTADO C., 1999.

Como era de esperar, esta postura ha sido criticada por quienes defienden la integración del *ius aedificandi* en el contenido de la propiedad. Entre otras cosas se ha dicho que éste precepto confundiría “el derecho a edificar y el derecho sobre lo edificado (al menos en cuanto se reconoce un valor determinado al volumen y caracteres de lo edificable, manifestado en lo edificado)”²⁸⁴, negaría el “contenido potencial inicialmente indeterminado” del derecho a edificar e implicaría una “voluntarista pretensión de justificar a la postre un concreto sistema artificial de valoraciones para casos de expropiación o de equidistribución entre propietarios... que lleva a trasladar arbitrariamente toda la eventual plusvalía que resulte del mercado de los productos urbanos finales a la propiedad sobre la ya edificado (MARTÍNEZ L., 2008:527-8).

2.2.3. La libertad de empresa.

Junto al derecho de propiedad es preciso analizar, en el contexto de los llamados derechos de primera generación, la libertad de empresa. Ésta no aparecía reconocida como tal en el constitucionalismo liberal, en buena parte porque se entendía implícita en el resguardo del derecho de propiedad. S. MARTÍN-RETORTILLO B. afirma que “...el punto de arranque del reconocimiento de la libertad de comercio y la libertad de industria tiene su origen, en la vigilia misma de la Revolución, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”, pues aunque no las mencionase expresamente el silencio debía entenderse como un «...reconocimiento implícito, en cuanto que para los constituyentes de 1789, la libertad de comercio y la de industria no eran sino una manifestación más de la libertad de los ciudadanos, a las que además les era referible igualmente su consideración como “derecho natural, inalienable y sagrado”». Lo anterior se vería confirmado con su reconocimiento explícito en la Lei de 2-17 o Decreto d’Allardes, de marzo de 1791 (S. MARTÍN-RETORTILLO B., 1989:697) y, luego, por la efímera Constitución francesa de 1793 que, en su artículo 17, proscribe que puede prohibirse “a la industria de los ciudadanos” ninguna clase de “trabajo, de cultivo, de comercio”²⁸⁵.

²⁸⁴ Y añade sobre esto: “Late aquí también la confusión entre el derecho a edificar y el derecho a lo edificado, que es realmente el elemento nuevo del que puede predicarse una patrimonialización separada. La edificabilidad, en cambio, no es algo patrimonializable como si no formara parte *ab initio* de del derecho de propiedad sobre el suelo: la concreta delimitación final del objeto del derecho a edificar no comporta patrimonialización alguna de algo que no estuviera ya, siquiera fuera en potencia o en grado mayor o menor de determinación, en el contenido del derecho de propiedad de que se trata” (MARTÍNEZ L., 2008:528).

²⁸⁵ “Article 17. - Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens”.

Las referencias de las Constituciones españolas decimonónicas a este respecto son más bien escasas, lo que ha llevado a señalar que se trataría de “...una libertad no proclamada —por presupuesta—, pero hecha realidad progresivamente —con algún paso atrás— mediante decretos, y culminada con la aprobación de los actuales Código de Comercio y Civil en la década de los ochenta...” (CIDONCHA M., 2006:31)²⁸⁶. La Constitución de 1931 se referirá a este tema en su art. 33 que reconocerá, junto con la libertad “de elegir profesión”, la “libertad de industria y comercio, salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales de interés general, impongan las leyes”. Posteriormente el régimen franquista tendrá una actitud ambivalente. Dos de sus “Leyes Fundamentales” son favorables a la iniciativa privada. El Fuero del Trabajo, de 9 de marzo de 1938, declara que el Estado, en general, “...no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación” (XI.4) y luego reconoce “...la iniciativa privada como fuente fecunda de la vida económica de la Nación” (XI.6), mientras que la Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958, califica a la iniciativa privada como “fundamento de la actividad económica” que debe “...ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado” (X). Este marco —que incluso recoge el principio de subsidiariedad, posteriormente recepcionado en el Derecho chileno²⁸⁷— no impide que, en paralelo, opere una amplia intervención administrativa —recuérdese que por Ley de 25 de septiembre de 1941 se crea el Instituto Nacional de Industria o INI—, la que sólo menguará a fines de los 50, si bien manteniendo un nivel respetable en la etapa del desarrollismo tecnocrático de los 60 y 70 (S. MARTÍN-RETORTILLO B., 1989:712-715). En suma, el intento de “juridificar” este principio tiene escasa eficacia (FERNÁNDEZ F., 2003:168- 172).

Es en este contexto que la CE reconocerá “...la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” en su art. 38, añadiendo que “Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. La iniciativa empresarial pública, a su turno, será reconocida por el art. 128.2 —certificando, para la generalidad de la doctrina, el abandono del principio de subsidiariedad (FERNÁNDEZ F., 2003)— que, además, permite que por ley se reserven al sector público “...recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”. El conjunto de estos preceptos está lejos de ser claro y la

²⁸⁶ Y con algunas manifestaciones ciertamente excesivas, como el Decreto de 14 de noviembre de 1868 que regulaba el sistema de ejecución y explotación de obras públicas, consecuencia de la revolución del mismo año (S. MARTÍN-RETORTILLO B., 1989:705-707).

²⁸⁷ Cfr. *infra* Capítulo 2, apartado 2.3.3. ii).

doctrina ha puesto de relieve su deliberada ambigüedad y la imprecisión de muchos de estos conceptos (p. ej., BASSOLS C., 1988:70-106, CAZORLA P., 2001:837-840, ENTRENA C., 1989:15-18 y GOIC M., 1996:731-745), derivada de la falta de un consenso político sobre el modelo económico que debía adoptar España tras el término de la dictadura. Siendo así, era evidente que la Constitución sólo podía limitarse a establecer un marco que permitiese a las diferentes fuerzas políticas implementar, en el futuro, los modelos que cada una sostenía (prueba de ello son la heterogéneas lecturas que se han hecho de estos preceptos constitucionales). Como ha dicho la doctrina más autorizada:

“Había una voluntad común en alcanzar una Constitución democrática y ello explica las mutuas renunciaciones que los partidos políticos ofrecieron con tal de alcanzar una estructuración del entramado institucional político, pero eran patentes las discrepancias sobre la propia función del orden constitucional y democrático en relación con el devenir del proceso social. En este contexto pretender aflorar y cristalizar fórmulas o declaraciones de alto contenido dogmático en el orden económico social, al amparo de posiciones mayoritarias en el proceso constituyente que, en última instancia, podían ser efímeras, resultaba hasta cierto punto contradictorio con el propósito de alcanzar una Constitución consensuada” (BASSOLS C., 1988:82-83)²⁸⁸.

Tal vez sea consecuencia de este enfoque que, al modo que ya se comentó respecto de la propiedad, el TC haya oscilado entre declarar que la libertad de empresa es un derecho fundamental o una garantía institucional (inicialmente cargando las tintas a esta segunda opción)²⁸⁹, admitiendo en cualquiera de los dos casos la

²⁸⁸ Esta es la tesis del voto particular del Magistrado L. Díez-Picazo a la STC 37/1981, al que adhirieron los Magistrados M. Díez de Velasco y P. Fernández V.: “El concepto de constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos. Así entendida, la constitución económica contenida en la constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con las mismas. Por ello, nos parece que la norma del art. 38 y la referencia a la libre empresa en el mercado de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa”.

²⁸⁹ Puede verse, como ejemplo, la STC 83/1984, que en su FJ 3 afirma que en la libertad de empresa “...predomina, como es patente, el carácter de garantía institucional...” y sus limitaciones “...no resultan de ningún precepto específico, sino de una frondosa normativa, integrada en la mayor parte de los casos por preceptos de rango infralegal, para cuya emanación no puede aducir la Administración otra habilitación que la que se

posibilidad de restringirla con relativa amplitud. Parte de la doctrina criticó esta postura afirmando que “...entre nosotros la libertad de empresa ha terminado siendo un concepto vacío, un derecho desconocido, cuando no maltratado” (ARIÑO O., 1995:85); y es que el amplio margen de posibilidades para limitarla hacía que bastase considerar garantizada la existencia de un sistema de economía de mercado donde se respetase la libre competencia para entender resguardada la libertad de empresa. Incluso, se admitía que la prohibición de desarrollar actividades justificada en la protección de otros bienes o derechos —regulados o no por la CE— no afectaba al contenido esencial de esta libertad (ARIÑO O., 1995:97). Lo anterior no es de extrañar si el propio art. 38 CE sujeta la garantía y protección de este derecho a “las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Sin embargo, últimamente el TC ha empezado a subrayar la exigencia del respeto del principio de proporcionalidad al establecer restricciones (STC 109/2003, F. 15), lo que viene a equilibrar las cosas. Ello es coherente con el predominio que tiene la economía de mercado actualmente —pese a crisis como la que actualmente padecemos— y la influencia del Derecho comunitario, al punto que se afirme que las políticas de liberalización y privatización promovidas por la Comunidad han “desactivado y neutralizado los instrumentos de intervención pública en la economía” con lo que “no cabe duda que el modelo, originariamente mixto, ha devenido a la postre en uno de primacía de la economía de mercado” (BASSOLS C., 2003b:19). Puede verse un buen recuento jurisprudencial en la STC 112/2006, de 5 abril:

«En la tarea de concretar el contenido de la libertad de empresa sirve de auxilio también lo dicho en el fundamento jurídico 3 b) de la STC 225/1993, de 8 de julio, cuando afirmamos que “si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial ‘en libertad’, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general”. Son igualmente importantes, a los efectos que ahora nos ocupan, las reflexiones hechas en el fundamento jurídico 6 d) de la STC 127/1994, de 5 de mayo, en el sentido de que “la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen,

encuentra en cláusulas generales, sólo indirectamente atinentes a la materia regulada y, desde luego, no garantes de contenido esencial alguno”.

proporcionada y razonablemente, el mercado” y que “la estricta libertad de empresa ... sin sometimiento a intervención administrativa alguna, y especialmente cuando existen inevitables obstáculos fácticos en nuestras sociedades modernas a la misma existencia del mercado, no garantiza en grado suficiente el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión, dada la tendencia al monopolio de los medios informativos y el ámbito nacional de las emisiones que la Ley regula”. En el fondo, como nos ha recordado la STC 109/2003, de 5 de junio, F. 15, de lo que se trata con estas resoluciones es de llevar al campo de la libertad de empresa el principio, reconocido siempre en nuestra doctrina, de que, no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor» (FJ 8).

La alusión al principio de proporcionalidad es coherente con su ya señalada identificación con la garantía del contenido esencial²⁹⁰, establecida en el art. 53.1 CE y aplicable a la libertad de empresa —el art. 38 se ubica en la sección segunda (“Derechos y libertades”) del capítulo segundo (“De los derechos y deberes fundamentales”) de la CE—, lo que ha llevado a que tal, como en el caso del derecho de propiedad, se afirme que sería un auténtico derecho fundamental (p. ej. ARAGÓN R., 1996:177). Una investigación reciente viene a decantar los criterios del TC con un balance más optimista que el recién citado (CIDONCHA M., 2006:264-279). El contenido de la libertad de empresa, en una vertiente negativa, no comprendería el libre acceso a toda actividad económica, sino sólo a: i) las no caracterizadas como ilícitas y prohibidas por la ley y ii) las no excluidas de la actividad privada en virtud del art. 128.2 CE (SsTC 83/1984 y 84/1993)²⁹¹. Dicho de otro modo, salvo estas dos excepciones existiría “la garantía constitucional de la no prohibición genérica y absoluta de acceso a toda actividad económica” (Ibíd., 266) si bien, en sí mismas, las actividades abiertas al mercado también pueden ser restringidas por el legislador respetando el principio de proporcionalidad (SsTC 66/1991, FJ 2). En la vertiente positiva la libertad de empresa comprendería un “derecho subjetivo de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial” (CIDONCHA M., 2006:267), esto es, una libertad para crear empresas y actuar en el mercado con una doble proyección:

- *Ad extra*, hacia el mercado, que implica el derecho a crear y transmitir una empresa y actuar en un mercado determinado (SsTC 64/1990, FJ 4, 225/1993, FJ 3.b, 96/2002, FJ 11, etc.);

²⁹⁰ V. gr. BERNAL P., 2005:418, y DÍEZ-PICAZO G., 2003:111. Cfr. *supra* notas al pie 242 y 243.

²⁹¹ Respecto a estos límites véase MUÑOZ M., 2003b.

- *Ad intra*, hacia el interior de la empresa, que comprende el derecho a organizarla y a seleccionar, dirigir y remover a los trabajadores (SsTC 49/1988, 92/1992, FJ 3, 208/1993, FJ 4, 125/1995, FJ 6, 192/2003, FJ 4).

A juicio del mismo autor el contenido esencial de esta libertad estaría integrado por los siguientes elementos:

- “En cuanto al inicio, comprende el derecho a la no prohibición injustificada de iniciar actividades empresariales; y, allí donde no hay prohibición, comprende, en positivo, la libertad de iniciar actividades empresariales o libertad de crear empresas-organizaciones y, en negativo, el derecho a no ser obligado a iniciar una actividad empresarial.
- En cuanto al ejercicio... comprende... autonomía de planificación y organización, libertad de contratación —tanto en los mercados de factores como en los de bienes y servicios— y el derecho al beneficio.
- En cuanto al cese, comprende —en positivo— la libertad de cesar en la actividad empresarial y —en negativo— el derecho a no ser obligado a continuar una actividad empresarial” (CIDONCHA M., 2006:397)²⁹².

2.2.4. Propiedad y actividad urbanizadora: unidad (LS 56) y separación (LS 2007).

Hay un último punto que conviene revisar. La ligazón entre el derecho de propiedad y la libertad de empresa es, sin duda, muy intenso, al punto que se ha llegado a sostener que:

“...a la postre el derecho de propiedad *no es más que la otra cara de la moneda* de la libertad de empresa: protege lo adquirido en el ejercicio de la actividad comercial y económica” (ARIÑO O., 1995:93, cursivas en el original).

²⁹² En esto el autor sigue de cerca la tesis de ARAGÓN R., 1996:180, quien incluye en el contenido esencial de la libertad de empresa lo siguiente: “En cuanto al acceso, el reducto es mínimo. No prohibición absoluta y no imposición forzada. En cuanto al abandono, también ese reducto sería mínimo: no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el ámbito absoluto de libertad sería mayor: el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía en la dirección de su empresa, sin la cual no sería empresa privada sino empresa pública; lo que podría llevar a sostener que en el art. 38 CE se encuentra la empresa privada como instituto garantizado, de modo análogo a como se garantiza en el art. 33 CE el instituto propiedad privada, éste garantizado una forma de tenencia de los bienes y aquél garantizando una forma de ejercer actividades económicas organizadas”. Puede verse en sentido semejante ARIÑO O., 1995:132, y GOIC M., 1996:739-740.

Pero ello no quita que estemos en presencia de dos derechos diferentes, cuestión que ha permitido generar fórmulas en que se privilegie la actividad empresarial sobre la titularidad dominical, a través del empleo de la potestad expropiatoria con beneficiario privado (como suele ocurrir en las concesiones de pobra pública). Las potencialidades de esa fórmula han resultado decisivas para los últimos 15 años del urbanismo español, como veremos de inmediato.

a) El modelo de la LS 56: la actividad urbanizadora unidad a la propiedad.

La relación entre el derecho de propiedad privada y la actividad urbanizadora determina decisivamente el modelo de desarrollo urbano. El iniciado con la LS 56 giraba alrededor de dos constantes, según PAREJO A.²⁹³:

- i. Centrar el urbanismo en la urbanización del suelo, que sólo representa un momento concreto del proceso urbanístico. Esto lleva a postergar “...el antes (el suelo que no tiene o no va a tener destino final urbano) y el después (la ciudad ya creada, en su vida ordinaria) y la relación del sistema urbano con su entorno y con la naturaleza...”²⁹⁴, como también “...la perspectiva del gobierno y la gestión de la ciudad como tal...” produciéndose una “incomprensión recíproca” entre “gobierno político general y urbanístico” (PAREJO A., 1989:132-3, y 1992)²⁹⁵:

²⁹³ Este autor califica a este modelo como “unitario” para significar “...la vinculación entre derecho de propiedad del suelo y derecho al aprovechamiento urbanístico”, huyendo —a sugerencia de GARCÍA BELLIDO— del término “tradicional” que había empleado en escritos anteriores porque en la historia española éste “...no es, en efecto, ni el primer, ni, por tanto, el «más tradicional» modelo...” (PAREJO A., 2003b:200, nota 1).

²⁹⁴ En 1993 este autor reitera que centrar el ordenamiento urbanístico en la urbanización constituía un enfoque limitado “...porque no contempla ni el antes, ni el después del proceso de transformación del suelo; con lo que la actividad urbanística, en su parte principal o básica, se reduce a un episodio parcial y fugaz en la historia de la utilización del territorio: concretamente, el determinado por la transformación del suelo para la generación de nuevos «barrios», de nueva ciudad”. Por el contrario, afirmara, el urbanismo debía ser “...no tanto la cifra última de una serie de técnicas para la generación de ciudad, de espacio urbano «llave en mano», cuanto más bien una específica perspectiva (justamente la de los aprovechamientos urbanísticos) para la organización y el funcionamiento del gobierno del entero territorio con la finalidad de la racionalización de la utilización de éste” (PAREJO A., 1993:232-3). Insistiría más tarde en que la urbanización “...es sólo un aspecto parcial, aunque importante, del urbanismo y, en términos dinámicos, una fase no necesaria, de ciclo cerrado, temporalmente acotada y con economía propia del proceso del proceso continuado de utilización del suelo” (1997:35).

²⁹⁵ Este fenómeno se arrastraría desde la creación del Ministerio de la Vivienda en 1957, pues desde entonces la actividad urbanística no será “...ya la ordenación integral de las relaciones humanas con el medio físico, sino la ordenación de la acción administrativa en

“...el urbanismo (y la ordenación del territorio) es, pues, una función pública que tiene por objeto el orden en la utilización del suelo y, con carácter más general, aún el arreglo conforme al orden constitucional del mundo de las cosas constitutivo del sustrato y el escenario del conjunto de las actividades individuales y colectivas, privadas y públicas; en definitiva: la economía misma del espacio... necesariamente comprende la transformación del suelo que sea precisa para el establecimiento de ese orden, pero que en modo alguno se confunde con ni se agota en ella” (PAREJO A., 2003b: 216).

- ii. Atribuir los costes de este proceso “...a la propiedad del suelo, convertida en agente de la transformación urbanizadora a cambio de la atribución de la edificabilidad para determinado uso... y el derecho a su patrimonialización... con imbricación de las facultades y los deberes (cargas) a tal efecto” (PAREJO A., 2003b:204).

Como es sabido, la LS 56 estableció cuatro sistemas de ejecución del planeamiento urbanístico: el de cooperación, el de expropiación, el de compensación y el de cesión de viales. La jurisprudencia entendió que el art. 113.3 LS 56 entregaba un amplio margen de discrecionalidad a la Administración competente para optar por uno u otro, pero el art. 119.2 TRLS 76, en cambio, configuró una potestad reglada que daba preferencia a las alternativas de actuación privada —encabezadas por el sistema de compensación, que era preceptivo en el caso del art. 119.3— y eliminó el sistema de cesión de viales, estableciendo un verdadero “principio de subsidiariedad de la gestión pública” —también apoyado en el art. 4.2 TRLS 76, que venía del art. 4.2 de la LS 56²⁹⁶— (GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO A., 1981:55-61), coherente con las Leyes Fundamentales entonces en vigor²⁹⁷. Conviene apuntar que aunque se hable de sistemas de gestión y financiación privada la ejecución del planeamiento aparece como una función pública. De ahí que la Administración determine el sistema a emplear y la “Junta de Compensación” sea una entidad urbanística colaboradora, de naturaleza administrativa:

“La ejecución del planeamiento es claramente en nuestro ordenamiento jurídico una función pública —art. 114.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo— en la que los propietarios del suelo a urbanizar pueden asumir mayor, menor o incluso nulo protagonismo según el sistema de ejecución que se aplique —compensación, cooperación o expropiación—. / Es en el de compensación donde aparece con mayor intensidad la participación de los propietarios dado que son ellos mismos —

el sector de urbanismo y edificación”, como después llegaría a señalar derechamente el art. 1º del Decreto 1994/1972, de 13 de julio (PAREJO A., 1979:249).

²⁹⁶ Art. 4.2 LS 56 y TRLS 76: “La gestión pública suscitará, en la medida más amplia posible, la iniciativa privada y la sustituirá, cuando ésta no alcanzare a cumplir los objetivos necesarios, con las compensaciones que esta Ley establece...”.

²⁹⁷ Cfr. *supra* Capítulo 2, apartado 2.2.3.

art. 126.1 del Texto Refundido— los que asumen la carga, no ya de costear la urbanización, sino de llevarla a cabo por sí mismos. Y ello mediante la constitución de una Junta de Compensación que da lugar a un supuesto de autoadministración: son los propios interesados los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento en virtud de una delegación, que hace de la Junta un agente descentralizado de la Administración de suerte que aquélla tiene naturaleza administrativa —art. 127.3 del Texto Refundido— en tanto en cuanto actúe funciones públicas” (STS de 11 marzo de 1989, FJ 2º, RJ 1989\1968).

Para lograr que el crecimiento urbano se acompasara a la ejecución de las dotaciones, equipamientos y servicios que demandarían los habitantes de la ciudad²⁹⁸ la LS 56 y el TRLS 76 programaron temporalmente el proceso de urbanización del suelo pero no contemplaron sanciones específicas ante su incumplimiento, logrando así pobres resultados²⁹⁹ (tal como ocurrió con la esperada constitución de los patrimonios públicos de suelo). Para paliar los problemas el RD 1374/1977, de 2 de junio³⁰⁰, señaló plazos de ejecución para el planeamiento aplicables en la frecuente hipótesis de silencio en esta materia, pero fue insuficiente. En todo este periodo sólo existieron mecanismos para forzar la edificación de solares dentro de plazos determinados (con muy limitada eficacia). Como señala la Exposición de Motivos de la LRAUValencia, en 1994:

²⁹⁸ Se ha dicho que si los Planes no contienen previsiones sobre el ritmo de su ejecución “Aparecerán múltiples espacios vacíos en manos de retenedores de suelo que piensan venderlo cuando esté revalorizado como consecuencia de las acciones ajenas. Y esto no es tolerable... ¿quién hará las escuelas? Las escuelas, se contestará, las hará la Administración y los empresarios de la enseñanza. Sí, pero ¿dónde? En los lugares reservados por el plan. Pero ¿cedidos por quien, si cada cual ha construido, o va a construir sin pautas de tiempo? ¿Cuándo esté colmatado el espacio?” (GONZÁLEZ-BERENGUER U., 2001:176).

²⁹⁹ En la LS56 los Planes Generales de Ordenación Urbana debían incluir un programa de actuación en periodos de cinco años, “referente al desarrollo de los planes parciales, régimen del suelo y ejecución de las obras ” (art. 9.f), que debían revisar y actualizar cada cinco años (art. 88) y en virtud del cual se fijaban prioridades para la urbanización de los polígonos que debía concretar el Ayuntamiento mediante “declaraciones de interés inmediato” (art. 112). Por su parte, el TRLS76 establecía que los Planes Generales Municipales de Ordenación debían contener la “Programación en dos etapas de cuatro años del desarrollo del Plan en orden a coordinar las actuaciones e inversiones públicas y privadas, y de acuerdo con los planes y programas de los distintos Departamentos ministeriales” (arts. 12.c) y 11, este último en relación con las diversas clases de suelo), programación que debía revisarse cada 4 años (art. 48).

³⁰⁰ B.O.E. núm. 144, 17.06.1977. Su art. 5.2 daba a las Corporaciones 2 meses para fijar los plazos de ejecución. El 5.3 agregaba que “Si no se fijase el referido programa de ejecución en el plazo establecido, se entenderá que las obras de urbanización que hayan de emprenderse en la realización del Plan, deberán estar acabadas a los 15 meses de la entrada en vigor de este Decreto”.

“Como remedio se dispuso que el Plan previera plazos obligatorios de ejecución bajo sanción expropiatoria. El resultado ha sido fallido. Los ritmos de la inversión privada en una economía de mercado los fija precisamente el mercado, no el decreto administrativo. En la práctica, los plazos de ejecución de los planes raramente se cumplen. La expropiación-sanción al propietario no es fiable como garantía sistemática de la dirección pública del Urbanismo. Aceptado que el propietario civil sea agente central del Urbanismo la Administración o la sociedad civil difícilmente asumirán la expropiación-sanción sistemática, salvo para supuestos excepcionales de singular justificación. Las experiencias aplicativas de esa institución, en nuestra Comunidad, muestran su insuficiencia y su propio carácter paliativo de una patología es un remedio tardío de una disfunción ya producida” (II).

Las críticas a este enfoque pueden rastrearse en trabajos del propio PAREJO A. y GARCÍA-BELLIDO G. publicados en 1989, mientras se debatía la que sería la LRRUVS 90. El primero estimaba que ésta mantenía y aun reforzaba “...la concepción de la ordenación urbanística como política de construcción de ciudad”, lo que unido a “...la enfatización de la intervención pública a lo largo del proceso urbanístico” determinaba la “...excesiva rigidez de la gestión urbanística”. Por otra parte, restringía la iniciativa privada a los propietarios —salvo para el suelo urbanizable no programado (desarrollado mediante los PAU que implicaban un “urbanismo concurrencial”, abierto a agentes no propietarios del suelo) y las urbanizaciones de iniciativa particular, en que se mantenía el enfoque de la Ley 19/1975, de 2 de mayo—, “...no quedando espacio hábil suficiente para otros agentes y, en particular, el económico promotor-urbanizador”. Para solventar estos problemas planteaba una reforma parcial de los sistemas de actuación y la flexibilización de la equidistribución —auspiciando que, en lo posible, se verificara en dinero— para permitir “el juego de la iniciativa empresarial” (PAREJO A., 1989:129, 135 y 137).

GARCÍA-BELLIDO G., más radical, apuntaba que el desarrollo inmobiliario reclamaba “...sustituir esos derechos de la propiedad del suelo por los «derechos de los promotores», en tanto que fracción socioeconómica cualificada del empresariado, con mejores y más ágiles garantes de la producción del bien llamado ciudad que sus prístinos propietarios”. Como el valor que atribuyen los planes al suelo “...no es ni esencial ni inherente ni endógena ni intrínsecamente perteneciente al propietario suelo... sino que le sobreviene *ad extra*...”, corresponde a quien “...originariamente y legítimamente, por el interés general, lo ha creado *ab nihilo*...”, esto es, la Administración municipal en tanto representa “...a la comunidad de todos los ciudadanos —tanto propietarios de suelo como propietarios de nada—, optar por “...ejecutar la urbanización y/o la edificación por su propia iniciativa o riesgo o bien *conceder* condicionadamente tal facultad, ejecutante del interés general, a la iniciativa privada que mejor garantice dicho interés público”. Proponía, así, abrir

esta posibilidad “....a cualquier empresario-promotor que ofrezca, **en libre concurrencia de mercado...** iguales o mejores garantías que dicho titular” [el del suelo, o sea, el propietario; negritas en el original]. Esto es lo que denominó “modelo desagregado”, en tanto disociaba la propiedad del suelo del uso urbanístico que en él permite el plan (GARCÍA-BELLIDO G., 1989: 173, 189 y 219-221, y 1994b:104).

b) El canto de cisne del urbanismo estatal: la LRRUVS 90 y sus críticas.

La LRRUVS 90 —y el TRLS 92, dictado en virtud de ella— se enmarcó en un periodo de alto incremento en el valor del suelo y la vivienda y pretendía fortalecer los instrumentos de intervención administrativa para luchar contra este fenómeno. Uno de sus aspectos centrales fue establecer un sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas, que dependía del cumplimiento de los deberes establecidos por la misma Ley (art. 20) y que podía llevar a la extinción o reducción de aquéllas en caso de incumplirse los plazos establecidos (arts. 25, 30, 31 y 36, p. ej.). Las “facultades urbanísticas de la propiedad” eran los derechos a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico, a edificar y a la edificación (arts. 23). El primero de ellos se definía como “la facultad de dotar a un terreno de los servicios e infraestructuras fijados en el planeamiento o, en su defecto, en la legislación urbanística, para que adquiera la condición de solar” (art. 23.1 a). La Administración gozaba de completa libertad para la selección de los sistemas de actuación en el art. 149, suprimiéndose la subsidiariedad de la gestión pública (modificándose en la misma línea el art. 4³⁰¹). La Ley ponía “mayor énfasis en los deberes de los propietarios, en el marco de la función social de la propiedad, sujetando su cumplimiento a plazos que habrían de ser fijados en el planeamiento y generalizando la expropiación o venta forzosa en caso de incumplimiento imputable a los propietarios” (MENÉNDEZ R., 2001:22-3). Así, el *Registro de Solares* de la LS 56 pasa a ser el *Registro de Solares y Terrenos sin Urbanizar*³⁰².

³⁰¹ Art. 4.3. TRLS 92: “Cuando el mejor cumplimiento de los fines y objetivos del Planeamiento urbanístico así lo aconseje, se suscitará la iniciativa privada en la medida más amplia posible, a través de los sistemas de actuación, o, en su caso, mediante concesión” (cursivas nuestras).

³⁰² Salvo en los municipios de población inferior a 25.000 habitantes, los cuales quedaron excluidos de estas medidas por mandato de la DA 1ª.3 con una excepción: “salvo que el Ayuntamiento, para la totalidad o parte del término municipal acuerde su aplicación con carácter general”.

El modelo de esta ley y su texto refundido será fuertemente cuestionada desde dos perspectivas: una demandará el fortalecimiento de las facultades de los propietarios y otra, la disociación entre la propiedad del suelo y el derecho a urbanizar.

i. Perspectivas críticas: la demanda de un menor intervencionismo público.

La primera línea de crítica vendrá a reivindicar a los propietarios del suelo. La LRRUVS 90 habría venido, en los hechos, a publicar la actividad urbanizadora de manera encubierta:

“La *publicatio* de actividades, en cuanto afecta al derecho a la propiedad, significa que la ley niega que en ese ámbito el derecho a la propiedad privada tenga una función social que merezca una protección superior a la necesidad de poner bajo la plena titularidad del poder público esas actividades, para asegurar la satisfacción de determinados elementos del bien común considerados irrenunciables” (MARTÍNEZ L., 1992:98)³⁰³.

FERNÁNDEZ R. consideraba que el enfoque de la Ley era cuando menos ingenuo, pues la alegada retención especulativa de los propietarios no sería tal. El negocio inmobiliario había pasado de manos de los propietarios a los empresarios inmobiliarios que no eran rentistas y buscaban “...realizar cuanto antes su inversión, obtener el beneficio y reinvertirlo a continuación para repetir la suerte”.

³⁰³ Agregaba que la LRRUVS 90 —ambiguamente— presentaba “...como exigencias de la función social de la propiedad lo que no son sino resultados de una decisión política esencial de publicar el urbanismo, excluyéndolo del ámbito de la propiedad...” (p. 103); “...los deberes supuestamente incumplidos no dimanaban, en el proyecto, de la función social de la propiedad, sino de la voluntad administrativa expresada en el planeamiento, y de la propia ley, en tanto que se aceptan como forma de colaborar con la administración y medio de adquirir los derechos que permitan llegar a la apropiación de lo edificado, por parte de los titulares de la propiedad sobre los terrenos. Los deberes urbanísticos no son, según sabemos, deberes de la propiedad sobre el suelo en cuanto tal, porque la actividad urbanística ya no corresponde al contenido de la propiedad...” (p. 106). Estas críticas recuerdan cuando en 1964 DE LOS MOZOS planteaba que la LS56 —a diferencia de la legislación urbanística previa— pedía “...también al particular que actúe casi como *funcionario*. De esta manera la propiedad se funcionaliza... No obstante... siempre quedará una esfera de actuación de intereses propios del particular, autónoma, y que escape a la funcionalización de la propiedad, y diferenciará al propietario no ya de un funcionario, sino del simple concesionario de una obra o servicio públicos...” (1964:299).

Por otro lado, la Ley extremaba “...hasta el paroxismo la inicial vinculación entre deberes y facultades del propietario...” y con su sistema de plazos “...desplazaba... definitivamente al mercado, al imponerse aquéllos contra viento y marea hubiera o no mercado para las viviendas a construir”. De allí que sugiriese:

“...una reforma que reduzca el intervencionismo asfixiante al que hemos llegado y que, sin abdicar de la imprescindible regulación en defensa de los intereses públicos en juego, deje un espacio mayor a la iniciativa privada y, por lo tanto, a la competencia entre los operadores económicos del sector” (FERNÁNDEZ R., 1992:70).

Esta línea crítica se vería fortalecido por un informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1993 que denunció la “falta de competencia en el mercado del suelo” y el “intervencionismo extremo” que existía en este sector³⁰⁴. Para evitarlo sugería precisar el suelo no urbanizable en todo el territorio nacional:

“En el resto del suelo, ha de permitirse la urbanización sometida a normas generales. Cambiar la actual óptica, definiendo las zonas del territorio nacional no urbanizables de acuerdo con un plan de prioridades públicas en función de valores medioambientales, paisajísticos y ecológicos. El resto del territorio debe ser, en principio, urbanizable” (punto 10.9.c, en el que se insistiría en el Informe del TDC de 1995).

Este informe provocó una fuerte polémica al interior del propio Gobierno³⁰⁵, al punto que se optó por convocar —según recomendaba el propio informe del TDC— a una Comisión de Expertos en Urbanismo³⁰⁶, que emitió un informe a fines de 1994 (“Documento de Salamanca”). Ésta en general no siguió las recomendaciones del TDC³⁰⁷ y rechazó como método para combatir la especulación

³⁰⁴ Se trata del capítulo 10 y la medida N°55 del informe “Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios” (disponible en <http://www.cncompetencia.es/> y en LA CAIXA, 1995:273-284 y 298).

³⁰⁵ Nos referimos a los artículos de opinión publicados en el diario “El País” por Carlos Solchaga C. (entonces presidente del Grupo Parlamentario Socialista y anteriormente Ministro, primero de Industria y Energía y luego de Economía), *El mercado del suelo* (07.10.1993), replicado por José Borrell F. (entonces Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente), *El interés general y los particulares* (21.10.1993) y por Joaquín Leguina (entonces Presidente de la Comunidad de Madrid) y J. María Rodríguez C., *El suelo no es una hamburguesa* (28.10.1993).

³⁰⁶ La Comisión fue creada por Orden Ministerial de 5 de noviembre de 1993, del MOPTMA (BOE núm. 276, de 18.11.1993), designándose sus integrantes por Orden Ministerial de 3 de enero de 1994, del MOPTMA (BOE núm. 9, de 11.01.1994).

³⁰⁷ Entre otras materias, la Comisión debatió la conveniencia de mantener el sistema de plazos para urbanizar y edificar y se inclinó por que “...los deberes legales han de estar sujetos a plazo por conformar el estatuto de la propiedad: la sanción por incumplimiento es la contrapartida de la obligación de indemnizar la reducción de derechos si éstos han sido consolidados por el cumplimiento de los citados deberes”. Se agregó que “La

“una política expansiva de suelo a largo plazo”, como sólo propuso un grupo minoritario de comisionados (MOPTMA, 1996:192).

Con todo, este último enfoque seguiría siendo sostenido por una parte de la doctrina, como SORIANO G. (1995:121-127 y 1997) o MARTÍ F. (1998:217)³⁰⁸ que abogaban por una planificación negativa —al estilo del TDC—.

ii. Perspectivas críticas: la actividad urbanizadora en el marco de la libertad de empresa y no en el de la propiedad.

Quienes reclamaban una apertura del sistema a los promotores no propietarios también agudizaron sus críticas. GARCÍA-BELLIDO G. sostuvo que tras la LRRUVS 90 el modelo ya no admitía profundizaciones “...sin caer en el paroxismo de la filigrana” (1993:176) para lo cual empleó una expresiva analogía. El modelo conceptual de la LRRUVS 90 era al urbanismo del siglo XX:

“...como *El Quijote* fue a las novelística de caballería de la Baja Edad Media: el último gran intento barroquizante y recursivo, casi manierista, de manejar los mimbres de épocas pasadas llevándolos hasta las últimas consecuencias del género y, con ello, prácticamente agotarlo, dejando exangües sus contenidos por ridiculización de sus personajes... Son ambas [la LRRUVS 90 y *El Quijote*] las últimas obras posibles en su género...” (GARCÍA-BELLIDO G., 1993:175-6; el mismo texto, en una versión más completa, en GARCÍA-BELLIDO G., 1994a:84).

posibilidad de fijar plazos muy amplios y de diferenciarlos por usos o zonas permite una flexibilidad suficiente en cada supuesto específico; alguna opinión señala que el mecanismo no va a funcionar, aunque se perfeccione y considera que lo que habría que conseguir es que al propietario le resulte gravoso no vender (o beneficioso vender), lo que puede conseguirse por medio de medidas impositivas (E.P.). Se sugiere la posibilidad de compaginar el estatuto de la propiedad configurado en la ley con la conveniencia de no densificar áreas urbanas ya demasiado congestionadas, estableciendo plazos amplios con carácter de máximos, que los ayuntamientos puedan reducir en los supuestos que consideren convenientes para el desarrollo de la ciudad... Se opina que ello pudiera llevar a que se consolidaran esos plazos máximos...” (MOPTMA, 1996:110-111). La sanción frente al incumplimiento del deber de urbanizar una actuación ya programada sería que el Ayuntamiento la sometiera a licitación o se implicara “...él mismo o la Comunidad Autónoma en la gestión que no se haya llevado a término...”, pudiendo “...estudiarse procedimientos que sean capaces de trasladar a los propietarios de tales suelos, cuando sean los autorizados para urbanizar, los perjuicios que para la colectividad tienen dichos incumplimientos” (con votos en contra, *Ibid.*:211).

³⁰⁸ “...el primer remedio, en la línea señalada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, no puede ser otro que ampliar enormemente la calificación (sic) de suelo urbanizable – hasta el punto que sólo sea no urbanizable el suelo necesitado de una especial protección– y evitar toda posibilidad de excepción al cumplimiento de las exigencias para urbanizarlo” (MARTÍ F., 1998:217).

ROGER F. habló del “fracaso de la programación como instrumento de la dirección pública del urbanismo” (1993:89). PAREJO A. afirmó que se habían llevado hasta sus últimas consecuencias las bases de las leyes precedentes demostrando el agotamiento del modelo (1993:231-2) y planteando, incluso, “alguna duda de legitimidad constitucional” sobre el modelo urbanístico tradicional³⁰⁹, dado que transformaba al propietario en:

“...un colaborador forzoso de la función pública urbanística o, dicho sin excesivo rigor técnico, pero de forma gráfica, en un «cuasiconcesionario» del servicio público urbanístico, gracias al condicionamiento de la patrimonialización al exacto cumplimiento de los deberes que forman parte del estatuto subjetivo del propietario” (PAREJO A., 1991:18-19).

Esta imposición parecía dudosa frente a los arts. 33, 38 y 128 CE³¹⁰, y si bien podía comprenderse en la época de las leyes de ensanche, cuando la ciudad era “el entorno de la vivienda” y el propietario del suelo, un “agente cuasi necesario” de su construcción, a fines del siglo XX la complejidad y sofisticación del crecimiento urbano, unidas al proceso de liberalización, impedían:

“...persistir en la reconducción (decimonónica) de toda la actividad de transformación del suelo a la propiedad de éste (sobre la base de la facultad de edificación). Pues esa actividad es hoy, por sus características en el seno de la sociedad actual, más bien imputable al ámbito de la empresa y, por tanto, se beneficia de la libertad correspondiente (hoy garantizada por el art. 38 CE)” (PAREJO A., 1993:237).

En esta lógica la urbanización y la edificación eran *propiedad generando nueva propiedad*, ambas “...actividad de producción de nuevos bienes (suelo urbanizado y

³⁰⁹ “La opción escogida para la precisión legislativa de la función social plantea alguna duda de legitimidad constitucional, a la que aquí sólo puede aludirse: la función social a que se refiere el art. 33.2 de la Constitución lo es del derecho dominical sobre las cosas, expresando –consecuentemente– el sentido u orientación legítimos de la disposición sobre tales cosas, pero nada más; quiere decirse, pues, que la función social no comprende, aquí, la transformación radical de las cosas sobre las que recae el derecho (pues la aplicación a éstas de capital y trabajo para producir otras cosas no es propiedad, sino propiedad creando nueva propiedad, supuesto que constitucionalmente cae más propiamente en la figura de la empresa y, por tanto, de la libertad para su creación y desarrollo” (PAREJO A., 1991:143 y 1990:107).

³¹⁰ Textualmente señala que la “...práctica imposición al propietario del ejercicio de la iniciativa económica... puede suscitar dudas de constitucionalidad desde el punto de vista de los arts. 33, 38 y 128 CE”. Afirmaba, también, que esta necesaria conexión propiedad-urbanización impedía desarrollar “...la lógica de ‘servicio público’ (*lato sensu*) que la ...publicación [de la actividad urbanística, presente desde la LS56] presupone...”, utilizando para ello “...la distinción entre derecho de propiedad del suelo, por un lado, y actividad económica de transformación del mismo, por otro” (PAREJO A., JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA A., 1992:675-6).

edificado, es decir, soporte de aprovechamientos urbanísticos) a partir de otros bienes (el suelo en su estado previo)” (PAREJO A., 1993:239). De allí que la ejecución del planeamiento no pudiera considerarse

“...jurídicamente parte del contenido de derecho de propiedad del suelo, tanto más cuanto que, constitucionalmente hablando, el derecho constitucional de propiedad cubre sólo el ámbito determinado por la protección de las situaciones de apropiación y disposición de bienes existentes... otra cosa distinta es el empleo de los referidos bienes para, aplicando a los mismos capital y trabajo, convertirlos en otros bienes distintos. Pues esto no es ya propiedad (que presupone una visión, podría decirse, estática), sino propiedad generando nueva propiedad (visión dinámica), es decir, empresa. Y la empresa está configurada constitucionalmente (art. 38 CE) como una libertad pública y, por tanto, como una actividad accesible en principio a todos, sean o no propietarios del suelo, y cuyo desarrollo depende de la voluntad, esto es, de la libre iniciativa de las personas sin mayor cualificación” (PAREJO A., 1993:241).

Otra cosa era la edificación realizada en terrenos ya urbanizados, ya que “...en la dimensión de parcela cabe mantener todavía coherentemente la tesis de que la edificación no supone otra cosa que el cumplimiento de la función social del bien” (PAREJO A., 1993:241, nota 15).

Esta concepción de la actividad urbanizadora pone en entredicho todas las técnicas que, como la expropiación-sanción, pretenden forzar al propietario del suelo para que urbanice, pues:

“...en términos constitucionales... nadie puede ser obligado a asumir ni desarrollar (ni siquiera por un periodo de tiempo determinado) una actividad empresarial, sencillamente porque ésta es una libertad... El propietario... puede actuar esta libertad y, por tanto, asumir la acción urbanística, pero no es posible imponerle tal actuación a título de deber legal derivado simplemente de su condición de propietario” (PAREJO A., 1993:241)³¹¹.

³¹¹ Y en caso de que desee ejercer esta actividad deberá concurrir con los demás interesados, porque aunque pueda reconocérsele preferencia para la adjudicación el único derecho que debe garantizársele es la indemnidad patrimonial, en virtud del art. 33.3 CE. En efecto, al ser la actividad urbanística “...una función-servicio públicos, ninguna razón jurídica requiere una predeterminación del titular-adjudicatario de la actividad. La titularidad dominical no constituye fundamento suficiente para ello. No existe aquí una excepción de licitación, porque el objeto de esta no es la propiedad... , sino la actividad de ejecución del planeamiento, que no forma parte necesariamente... del contenido del derecho dominical” (PAREJO A., 1993:242). En otra parte este autor reitera que “...es claro que, constitucionalmente, no puede obligarse al propietario a emprender una actividad de contenido económico cuya lógica y alcance desbordan ampliamente no sólo los límites de la cosa (el suelo) que constituyen el soporte de su derecho... sino, lo que ya es decisivo, la funcionalidad misma de dicha cosa (el suelo), considerada en sí misma, en el sistema económico-social. El forzamiento de la función social a que se refiere el art. 33.2 CE por

GARCÍA-BELLIDO también profundizaría sus postulados en trabajos posteriores sobre la noción de “propiedad desagregada”. Afirmará que la “...‘moderna’ y antigua forma coactiva de ‘persuadir’ bajo amenazas a la propiedad para cumplir su función... viene repitiéndose inútilmente desde 1190 ó desde 1794, sin descanso y con resultados que avergüenzan a cualquier juicio sobre la práctica tutelar de los poderes públicos en defensa de los intereses colectivos” (GARCÍA-BELLIDO G., 1994b:137)³¹². La desagregación implica que:

«...lo que en la propiedad individual tradicional es un “vuelo” añadido, ...un bien “accesorio” de la del contenido de la propiedad fundiaria, en la *propiedad desagregada* cobraría una total independencia y legitimación jurídica, completamente ajena a la del dominio directo del suelo; en tanto que sería otro dominio substantivizado... cuya legitimidad no procedería por accesión del derecho y título del *dominus* del suelo, sino de la transformación ejecutora de la *función pública* urbanística emanada de la colectividad que crea ese dominio *ex novo* y que lo cede o adjudica, en plenitud, a quien cumpla más y mejor las exigencias del bien común e interés general en cada espacio designado» (GARCÍA-BELLIDO G., 1994b:100).

Así, nadie sería obligado a nada, pues sólo urbanizaría quien voluntariamente decide presentar una oferta con tal fin³¹³.

relación justamente al contenido del derecho de propiedad es, pues, absolutamente claro. La sujeción del suelo a la actuación urbanizadora (basada en el interés general y de lógica, así, necesariamente pública) no se legitima en la función social de la propiedad del mismo, sino en la utilidad misma de la obra urbanizadora. Este es el trastocamiento institucional en que se ha incurrido y que sigue padeciendo, con las consecuencias ya expuestas, el aún vigente modelo urbanístico «unitario»” (PAREJO A., 2003b:243).

³¹² Los mecanismos coactivos son la expropiación y la venta forzosa, que responden al incumplimiento de la función social de la propiedad. En el Derecho español la edificación forzosa tiene precedentes que se remontan a textos contenidos en la Novísima Recopilación de 1806 (concretamente la Instrucción de Corregidores de 1788 –que reproduce en ello la anterior de 1749 y que es la Ley 2ª, Tít. 32, Libro VII–; la Ley de Carlos IV recogida en la Ley 7ª, Tít. 19, Libro III, referente a Madrid, y la extensión ulterior a toda España, Ley 4ª, Tít. 23, Libro VII, GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO A., 1981:153), recorriendo una serie de textos históricos (incluso con formulaciones más duras, como la Ley de Expropiación de 1879) hasta llegar a la Ley sobre ordenación de solares, de 15 de mayo de 1945 (BOE núm. 137, de 17.05.1945), y su Reglamento, de 23 de mayo de 1947 (BOE núm. 179, de 28.06.1947), ambos producto de una posguerra marcada por la falta de viviendas. GARCÍA-BELLIDO G. (1994a:104) menciona también al *Fuero de Cuenca*, de 1190, y la *Novísima Recopilación de los Reinos de Indias*, de 1680 (Tít. VII, Libro IV, Ords. 132, 107 y 109).

³¹³ A esta línea crítica se sumaría también GERARDO ROGER F., en lógica defensa de la LRAUValencia que impulsó como Director General de Urbanismo y Ordenación Territorial de la Generalitat Valenciana en la época de su tramitación. Al respecto puede verse ROGER F., 1993, donde achaca el origen de los problemas del modelo urbanístico hispano a “la confusión entre propiedad del suelo e iniciativa urbanizadora”, explicando

Cabe señalar que la Comisión de Expertos en Urbanismo recogió estas inquietudes al recomendar —con la disidencia de algunos comisionados— el diseño de mecanismos que permitiera “a los particulares, propietarios o no de suelo, emprender iniciativas de urbanización...”, exigiendo requisitos de racionalidad económica y calidad urbana a estas actuaciones y dando, en igualdad de condiciones, prioridad “a los propietarios del suelo sobre otros promotores” (MOPTA, 1996:207).

c) La STC 61/1997, de 20 de marzo, y el repliegue del ordenamiento estatal: la LRSV y el enfoque de una “liberalización espacial”.

En medio de este clima de críticas siete comunidades autónomas habían recurrido al TCE en contra de la LRRUVS 90 y su posterior texto refundido, no por los temas que hemos apuntado sino por motivos estrictamente competenciales (véase especialmente FERNÁNDEZ R., 2005). La STC 61/1997, de 20 de marzo, resolvió declarar inconstitucionales todas las normas propiamente urbanísticas del TRLS 92 (unas dos terceras partes de su texto) por invadir —aunque fuese a título meramente supletorio— la competencia exclusiva que, en esta materia, atribuía las comunidades autónomas el art. 148.1.3 CE³¹⁴ y algunas de las normas dictadas en ejercicio de competencias estatales por haberse extralimitado éstas. Esto abrió paso a una legislación urbanístico-autonómica motorizada, que ha llevado a que todas las comunidades autónomas, salvo Islas Baleares ³¹⁵, hayan aprobado leyes urbanísticas propias.

Desde el ámbito estatal la respuesta fue la LRSV que, por lo señalado, no podía ser una ley “urbanística” sino que debía sostenerse en títulos competenciales estatales, acudiéndose para ello a los apartados 1, 4, 8, 13, 18 y 23 del art. 149.1. El primero de ellos permite regular las «condiciones básicas» que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana y en el cumplimiento de los deberes

luego la propuesta del entonces proyecto de ley que luego sería la LRAUVAleñcia, p. 91 y ss. También puede verse ROGER F., 1998 y 2001.

³¹⁴ Cfr. *supra* nota 262. Con todo, hasta entonces esta técnica había sido considerada lícita con la objeción parcial de la STC 147/1991 y, total, de la STC 118/1996. Un destacado autor decía en 1988: “La regla de la supletoriedad no se aplica, sin embargo, tan sólo al derecho del Estado existente en el momento en que entra en vigor el de las Comunidades Autónomas, sino que permite también que, una vez ejercida la competencia autonómica, el Estado siga dictando normas sobre la misma materia, aunque con valor meramente supletorio” (DE OTTO y P., 1999:283).

³¹⁵ Y no por mucho tiempo, al parecer, pues cuentan con un “Avantprojecte de llei d'ordenació del territori i de l'urbanisme” (cfr. <http://www.caib.es/govern/sac/fitxa.do?lang=es&codi=299604&coduo=138143>, consultado el 26.02.2009, a las 20:30 hrs.).

constitucionales aparejados a éste (DE ASÍS R., 1997). Al ser “básicas” el legislador estatal debe permitir al legislador autonómico desarrollar tales “condiciones”. Por ello el TCE dijo que las normas dictadas bajo el amparo de este título “...pueden encontrar su mejor expresión a través de principios o reglas generales que, en definitiva, sirvan para garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales” (STC 61/1997, FJ 10, y 164/2001, FJ 5)³¹⁶.

Cabe señalar que el Gobierno surgido de las elecciones de 1996 ya había optado por facilitar la urbanización del suelo suprimiendo la distinción entre suelo urbanizable programado y no programado del TRLS 92, a través del RD Ley 5/1996, de 7 de junio, que luego convalidaría la Ley 7/1997, “de medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales” de 14 de abril, publicada pocos días antes de la STC 61/1997³¹⁷. La LRSV consagraría el modelo “liberalizador” al otorgarle carácter residual al suelo urbanizable —con lo que pasaba a ser el estatuto general— (art. 10), restringiendo la potestad para clasificar al suelo como no urbanizable (art. 9) y dejando de lado la programación temporal del suelo urbanizable. Su exposición de motivos afirma que:

“...prescinde... de imponer a los propietarios un sistema de actuaciones programadas por la Administración, sin datos ni garantías efectivas que aseguren

³¹⁶ La STC 164/2001, de 11 de julio, que resolvió una serie de recursos interpuestos en contra de la LRSV, resume en su FJ 5 lo señalado a este respecto por la STC 61/1997: «Hay que prestar una atención especial... al art. 149.1.1 CE, que atribuye al Estado la competencia para la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Debemos empezar por reiterar, antes que nada, que el art. 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos reconocidos por la Constitución (STC 61/1997, FJ 7.b). Dicho esto, y centrándonos en el derecho a la propiedad privada que reconoce el art. 33.1 CE, también debemos reiterar que al Estado le compete regular las “condiciones básicas” que garanticen la “igualdad” de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, es decir, la “igualdad básica” en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo (STC 61/1997, FJ 8). De esta forma, y según dijimos (STC 61/1997, FJ 10), cabe admitir que el contenido urbanístico susceptible de apropiación privada, su valoración, o los presupuestos —o delimitación negativa— para que pueda nacer el derecho de propiedad urbana son elementos, entre otros, que, en principio, pueden considerarse amparados por la competencia estatal que se localiza en el art. 149.1.1 CE; por medio de esas “condiciones básicas” el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales. Cerrando este recordatorio sintético de lo dicho en nuestra STC 61/1997 también debemos reiterar que para articular la confluencia de títulos competenciales, las normas estatales emanadas bajo la cobertura del art. 149.1.1 CE pueden encontrar su mejor expresión a través de principios o reglas generales que, en definitiva, sirvan para garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales (FJ 10)».

³¹⁷ BOE núm. 90, de 15.04.1997.

su ejecución, que ésta sólo está en condiciones de ofrecer en relación a sus propias actuaciones” (ap. 2).

Por lo mismo la LRSV pone el acento en el “derecho” de los propietarios a promover la transformación del suelo urbanizable “de conformidad con lo que establezca la legislación urbanística” (art. 15.1), esto es, la legislación autonómica, que está habilitada para exigir plazos e imponer sanciones con tal que respete los aspectos de competencia estatal, como el régimen de valoraciones.

El RD Ley 4/2000, de 23 de junio³¹⁸, modificó la LRSV para enfatizar estos aspectos, al punto que alguna doctrina anunció un quiebre en la concepción estatutaria de la propiedad urbana fundándose en que impedía que el planeamiento general declarase como suelo no urbanizable a los terrenos que fuesen considerados “inadecuados para un desarrollo urbano”, como permitía el art. 9.2 en su versión original³¹⁹. Con ello la clasificación en esta categoría pasaba a ser, además de excepcional, estrictamente reglada, lo que aseguraba la efectiva residualidad del suelo urbanizable, tal como era la genuina intención del proyecto remitido a las Cortes por el Gobierno en 1997³²⁰.

Sin embargo, también la LRSV sería recurrida ante el TCE y la STC 164/2001, de 11 de julio, al resolver tales recursos, adoptaría dos decisiones que vendrían a precisar el panorama competencial:

- La primera fue declarar inconstitucional su art. 16.1, que regulaba el derecho a promover la transformación del suelo urbanizable por entender que no se limitaba “...a trazar las líneas normativas fundamentales que definen la propiedad urbana”, con lo que excedía el marco «...de las “condiciones básicas” para asegurar la igualdad de los españoles en el ejercicio de la propiedad

³¹⁸ BOE núm. 151, de 24.06.2000.

³¹⁹ Cfr. *supra* nota 274.

³²⁰ “Dos principios destacados lucían en el proyecto de ley remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados. En primer lugar, la configuración del suelo urbanizable como categoría residual (es suelo urbanizable todo aquél que no tiene valores ecológicos, o de otra índole que los haga dignos de ser no urbanizados) y la paralela categorización del suelo no urbanizable como aquél que debe ser protegido por sus específicos valores. Es decir, la regla general del proyecto era que todo suelo era susceptible de ser urbanizado salvo que por sus específicos valores agrícolas, forestales, medioambientales o paisajísticos debiera quedar al margen del proceso de urbanización. En consecuencia, se partía de una concepción reglada del suelo urbanizable, lo que venía a ser revolucionario en nuestra tradición legislativa, en la que el suelo urbanizable siempre se ha configurado discrecionalmente por la Administración, la cual podía, sin justificación alguna, declarar no urbanizable todas aquellas superficies de terrenos que se considerara inapropiadas para ser urbanizadas. Se trataba, en rigor, de una decisión política, lo que el proyecto quería evitar mediante la circunscripción del suelo no urbanizable al que debiera por razones justificadas ser protegido” (BAÑO L., 1998-1999:152).

urbana (art. 149.1.1 CE)» invadiendo «las competencias urbanísticas propias de las Comunidades Autónomas» (FJ 27);

- La segunda fue sostener la constitucionalidad del art. 9, que establecía las reglas para clasificar suelo como no urbanizable, porque su redacción permitía dejar en esta clase de suelo las superficies sujetas a regímenes de protección conforme a la legislación sectorial o el planeamiento territorial y los demás que el planeamiento general considerase “inadecuados para un desarrollo urbano” (FJ 14), con lo que no podía decirse que impusiera a las comunidades un concreto modelo urbanístico y territorial.

Este último razonamiento generaba un escenario complicado. El TC no había podido pronunciarse en este fallo sobre la modificación que el RD Ley 4/2000, de 23 de junio, había operado en el art. 9.2 de la LRSV, ya que esta reforma se había producido después de la interposición de los recursos. Sin embargo, la argumentación del TCE —*contrario sensu*— dejaba claro que la supresión de la potestad de clasificar suelo no urbanizable por “inadecuación” para el desarrollo urbano configuraba un exceso competencial del legislador estatal ya que imponía un modelo urbanístico específico a todas las Comunidades Autónomas. Esto exigía retomar la discrecionalidad en la clasificación del suelo no urbanizable, dejando las cosas en el punto de partida.

Por ello, la Ley 10/2003, de 20 de mayo³²¹, hará las correcciones pertinentes y admitirá que el planeamiento general clasifique como suelo no urbanizable a los terrenos que considere “inadecuados para el desarrollo urbano, bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística”. Con todo, debe apuntarse que muchas legislaciones autonómicas no hicieron caso a esta parte del RD Ley 4/2000, de 23 de junio³²².

d) El modelo alternativo de la “liberalización de la actividad”: la LRAUValencia de 1994 y el art. 4.3 de la LRSV.

La segunda visión crítica que hemos reseñado se volcaría en un modelo concreto a nivel autonómico en 1994, con la LRAUValencia que introdujo la figura denominada “agente urbanizador” en los Programas para el desarrollo de Actuaciones Integradas, o PAI, regulados en sus arts. 29 y ss. Conviene advertir

³²¹ BOE núm. 121, de 21.05.2003.

³²² Entre las leyes posteriores al RD Ley 4/2000, de 23 de junio, que no siguen este enfoque puede citarse a la LsAndalucía (art. 46.1.k), la LOTUNavarra (art. 94.1.b, d y e) y la LESOTExtremadura (art. 11.1.d), entre otras. Entre las que lo siguieron se cuentan, p. ej., la LsMadrid (art. 16) y la LsAsturias (art. 25).

que la participación de una iniciativa empresarial que no tuviera la propiedad del suelo tenía antecedentes en la legislación precedente. Ya hemos mencionado los PAU de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, a través de los cuales se “...pretendió estimular un urbanismo empresarial, es decir, el propuesto y desarrollado por particulares, incluso no propietarios de los terrenos, mediante la técnica de la concesión de obra pública, admitiendo la presentación de iniciativas y la adjudicación por concurso del desarrollo entero del programa” (PARADA V., 2002:516)³²³. También pueden rastrearse precedentes decimonónicos, como las técnicas concesionales de la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 —entusiastamente resaltada por PARADA V.³²⁴— y la Ley de Saneamiento y Mejora Interior de las Grandes Poblaciones, de 18 de Marzo de 1895 —destacada por PAREJO A.—³²⁵. Conviene destacar que PARADA V. ha reivindicado este urbanismo liberal de obra pública —inspirado en las ideas de ILDEFONSO CERDÁ—³²⁶

³²³ Anteriormente se había acudido a la técnica concurrencial para ejecutar urbanizaciones en la provincia de Madrid (las bases fueron aprobadas por el Decreto 2432/1972, de 18 de agosto, B.O.E. núm. 226, 20.09.1972, conforme a lo dispuesto por el III Plan de Desarrollo Económico y Social (PAREJO A., 1979:61-63).

³²⁴ Éste recuerda que esta ley, “...además de la gestión y explotación directa de las obras por el Municipio, preveía, siguiendo las ideas de Ildefonso Cerda, la gestión indirecta de la urbanización por cualquier propietario o compañía que solicitase la concesión de las obras, acompañando el proyecto correspondiente”. El proyecto se adjudicaba en subasta, correspondiendo al peticionario un derecho a tanteo si no quedaba adjudicado y el reembolso de los gastos en que hubiere incurrido en la misma hipótesis. El concesionario debía abonar el precio de la subasta y el importe de las expropiaciones, soportando además todos los gastos de la obra urbanizadora (demoliciones, instalación de servicios, etc.) a cambio de los solares resultantes que debía edificar en un plazo prefijado, bajo la draconiana sanción de perder la propiedad y sus inversiones sin derecho a indemnización alguna (PARADA V., 2002:332). PAREJO A. ha dicho que ésta era “...una concesión *sui generis*, no reductible ni a la demanial, ni a la de obra pública o servicio público” (PAREJO A., JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA A., 1992:375).

³²⁵ Esta ley que “inaugura el llamado urbanismo sanitario, consolida —justamente sobre la ampliación de la base legitimadora de la expropiación a la realización del interés general inherente a las correspondientes operaciones de saneamiento y mejora— la calificación de la acción urbanística que constituye su objeto como servicio público. La concepción de ésta, además, como actividad de contenido económico y, por tanto, susceptible de explotación de este carácter, impone la fórmula de la gestión indirecta concesional (incluso para su atribución al Municipio, dado el signo centralizador de la norma legal). El concesionario resulta así un agente investido de una función pública, dotado incluso de la facultad de expropiación (con la correspondiente obligación de correr con las correspondientes indemnizaciones), correspondiéndole la ejecución de las obras precisas a cambio del resarcimiento de los gastos con cargo a la venta de los solares y, en su caso, edificaciones resultantes, es decir, sujeto a un verdadero estatuto de «urbanizador»” (*Ibid*).

³²⁶ Puede verse, por ejemplo, parte de la *Teoría de la Viabilidad Urbana y Reforma de la de Madrid*, de 1861 (GARCÍA-BELLIDO G., 1994b:180-182). CERDÁ propone allí que la reforma urbana de Madrid sea adjudicada mediante una licitación pública internacional,

reaccionando a la visión deformada con que, según él, se suele presentar para resaltar:

“...la superioridad y modernidad que comportan las soluciones de la LS56 sobre la legislación liberal del pasado siglo y del Régimen local... a la que sustituye, punto de vista que no compartimos en forma alguna por cuanto es justamente en 1956 cuando surge en nuestra patria, y no antes, el urbanismo montaraz y especulativo, de marchas y contramarchas, que venimos padeciendo desde aquella fecha...” (PARADA V., 2002:340-1).

Como sea, es claro que en el llamado “modelo unitario” esta fue una figura completamente marginal, de manera que su protagonismo en la ley valenciana representó, sin duda, un enfoque novedoso.

De manera sintética podemos caracterizar el modelo en los siguientes rasgos gruesos:

- La actividad urbanizadora equivale en esta ley a las “actuaciones integradas”, que son “la obra pública de urbanización conjunta de dos o más parcelas, realizada de una sola vez o por fases, conforme a una única programación” (art. 6.3, que además indica las hipótesis en que proceden). Las actuaciones en que sólo se edifica o que implican una urbanización marginal son, conforme al art. 6.5, actuaciones aisladas. El suelo urbanizable, por su parte, carece de una programación en el planeamiento, pues éste no predetermina de manera alguna cuando se incorporará el suelo al proceso urbanizador. Dicha incorporación depende de los “Programas para el desarrollo de Actuaciones Integradas” (art. 29), que planifican la gestión urbanística y que sólo una vez aprobados fijan los plazos y condiciones en que la o las unidades de ejecución que abarca quedarán transformadas en suelo urbano. Por esto se ha dicho que este sistema representa la “total flexibilización temporal del planeamiento” y que en él, “el peso de la programación temporal de la actividad urbanística pasa del planeamiento a la gestión” (TEJEDOR B., 2002:64).
- No existen “sistemas de actuación”³²⁷. La ejecución de las actuaciones integradas es siempre pública, debiendo decidir la Administración si su gestión

siguiendo el modelo de las concesiones para los “caminos de hierro” (los ferrocarriles). Sobre la influencia de CERDÁ puede verse el número monográfico de CyT XXI (119-120), 1999, y LORA-TAMAYO V. (2002, esp. p. 217-360).

³²⁷ Algunos autores relativizan esta afirmación. BASSOLS C., por ejemplo, señala que “...desde una perspectiva procedimental esta eliminación o superación de los sistemas de actuación no deja de ser más aparente que real, por cuanto, tanto la gestión directa como la indirecta tiene que apoyarse en piezas básicas y, en algunos casos, constitutivas, de la estructura de los sistemas de actuación tradicionales... La confesión más clara del uso estratégico o alternativo que el texto legal profesa frente a los sistemas de actuación acontece en el art. 66.2.C) de la Ley al tener que admitir que «El Urbanizador, en cuanto perceptor de dicha

será directa o indirecta (art. 7.1). Como sea, la urbanización sólo puede llevarse a cabo por un agente urbanizador, “una persona -pública o privada- que... asume, voluntariamente, la responsabilidad pública de promover la ejecución de una actuación urbanizadora (el compromiso de implantar unas infraestructuras de urbanización públicas, vías públicas, alcantarillado, etc.)” (Exposición de Motivos, ap. III). Ser propietario, en consecuencia, no atribuye el “derecho” a urbanizar.

- Si se opta por la gestión indirecta debe realizarse un procedimiento selectivo: “la Administración delega la condición de agente urbanizador adjudicándola en favor de una iniciativa empresarial seleccionada en pública competencia” (art. 7.2). Cualquier persona puede proponer un programa para realizar una actuación integrada, aun sin ser propietaria de los terrenos afectados (art. 44), con tal que se ajuste a los arts. 29 y ss. de la LRAUValencia. Lo fundamental es que sólo puede aprobarse un programa si existe el “compromiso, efectivo y voluntario, asumido por su promotor de desarrollarlo en plazos y condiciones determinadas” (Exposición de Motivos, ap. III), lo que resguardará una garantía no inferior al 7% del coste de urbanización previsto (art. 29.8). La propuesta debe someterse a información pública, pudiendo presentarse otras proposiciones jurídico-económicas, alternativas técnicas y alegaciones, conforme al art. 46. El Ayuntamiento puede aprobar el programa y seleccionar la alternativa técnica y la proposición que estime más conforme a los intereses generales o rechazar razonadamente todas las iniciativas, incluso (el art. 47.2 y 3 consigna los criterios para fundar la decisión).
- Los propietarios afectados no pueden bloquear la iniciativa urbanizadora. Pueden, sin embargo, constituir una Agrupación urbanística y presentar, a su vez, iniciativas de Programa para competir, gozando de un régimen de adjudicación preferente conforme el art. 50. En caso que el programa se adjudique a un tercero tienen derecho a participar en su desarrollo (si bien deberán retribuir al urbanizador por su trabajo) de dos modos: i) limitándose a aportar su terreno originario y recibir a cambio un solar urbanizado (menos la parte que retribuirá la labor del urbanizador, pues en este caso la retribución se paga en solares) o ii) aportando, además del terreno, financiación para ejecutar la urbanización (caso en que se participará en los beneficios, en proporción a lo aportado). También se admite que el propietario no desee participar, caso en que se le indemniza el valor correspondiente al suelo urbanizable no delimitado (art. 29.9.C, que habla de “suelo urbanizable no programado” en alusión a las clasificaciones del TRLS92), el que conforme a la reciente modificación sufrida

retribución, tendrá la consideración legal de Junta de Compensación a los efectos tributarios y registrales determinados por la legislación estatal» (BASSOLS C., 2002:28-35).

por la LRSV corresponde al del “suelo no urbanizable, sin consideración alguna de su posible utilización urbanística” (art. 27.2, modificado por la Ley 10/2003, de 20 de mayo³²⁸), determinándose mediante “el método de comparación a partir de valores de fincas análogas” (art. 26.1 LRSV).

Ya hemos dicho que la LRAUValencia significó una incisión profunda en el urbanismo español, no exenta de fuertes críticas. Se le calificó, por ejemplo, de “...extraño y terrible texto... la máxima expresión, sin duda, del colectivismo jurídico y de la intervención directa sobre los procesos de asignación de recursos en las libertades dominicales” (SORIANO G., 1995:95)³²⁹, alegando que vulneraría el contenido esencial de la propiedad que “...exige un trato igual, en su núcleo duro, a todos los ciudadanos”, afirmando que “contraponer libertad de empresa y libertad dominical es un ejercicio que carece de todo sustento normativo, ya que la Constitución otorga a ambos derechos el mismo rango” (*Ibid*:114)³³⁰. Este último razonamiento es profundizado en la Exposición de Motivos de la LsAragón, donde al explicar porque reconoce a los propietarios del suelo un derecho preferente de urbanizar frente al agente urbanizador, se afirma que:

“Las teorizaciones doctrinales que pretenden disociar, incluso en términos constitucionales, propiedad y empresa, llevan a consecuencias difícilmente admisibles. En efecto, el propietario al que no correspondiera el deber de urbanizar se convertiría en un especulador legal, y, paralelamente, el empresario que pudiera imponer la urbanización al propietario pasaría a ser un usurpador legal. La necesaria compaginación de los diversos intereses constitucionalmente protegidos debe llevar al establecimiento de fórmulas que impidan el enfrentamiento entre los mismos” (apartado VII).

En sentido semejante se dijo que la LRAUValencia:

³²⁸ B.O.E. núm. 121, 21.05.2003.

³²⁹ En otra parte agrega que representa “Una opción tecnocrática reforzada por la idea, que también se propone, de eliminar al máximo la publicación de los planes. Un homenaje a la tecnocracia y la oscuridad, realizada por un grupo ilustrado que, en nombre de la colectividad, segmenta el territorio discriminando a quienes habrán de sufrir las desventajas... En la idea del concurso se parte además de que la propiedad... es ociosa y parásita. Puede que exista algún supuesto... Pero será más frecuente que el suelo en esas condiciones esté destinado a una explotación agrícola, ganadera, forestal, cinegética... De manera que en tales situaciones, el resultado del concurso será eliminar una empresa con objeto social no urbanístico, sin que se sepan bien las razones...” (*Ibid*:112-3).

³³⁰ Agrega: “No se comprende por qué a través de mecanismos de pura elección pública ha de llevarse al altar a unos ciudadanos cuyos derechos resultan sacrificados sin justa compensación frente al de los demás. Máxime si están gestionando una empresa que puede ser eliminada a la fuerza. Trato igual que, a su vez, se reclama al art. 14 de la Constitución”. *Ibid*.

“...consagra a favor de los promotores una peculiar *causa expropriandi* contra los propietarios «disidentes» de la gestión urbanística: «me gusta este terreno, luego es mío»...” (RUIZ O., 1997:162)³³¹.

FERNÁNDEZ R., por otro lado, planteó:

“...muy serias dudas de constitucionalidad en la medida que echa sobre el propietario las cargas que un simple particular, el urbanizador, decida (en su propio interés, lógicamente) imponerle, so pena de verse privado de su propiedad por el simple valor inicial de sus terrenos, lo cual no tiene, como es obvio, la más mínima justificación, ya que sólo la ley y no un sujeto privado puede, puede decidir —operando, además, con carácter general— cuales sean las obligaciones y deberes vinculados al derecho de propiedad” (1997a:189).

El propio GARCÍA DE ENTERRÍA, criticando la STC 61/1997, señalaba que:

“La ruptura del sistema urbanístico puede implicar la creación de micromercados, con el riesgo añadido de un dumping urbanístico (ya visible, por cierto desde la entrada en vigor de la Ley valenciana de 1994 con los poderes exorbitantes otorgados al «agente urbanizador», lo que ha ocasionado una concentración de la inversión en todo el suelo urbanizable de las ciudades de esa Comunidad, que parece que está virtualmente agotado, lo que tampoco parece convenir tanto a la propia Comunidad Valenciana, me parece)... Es un hecho que en la Comunidad Valenciana se ha formado ya un verdadero oligopolio de empresas urbanizadoras” (2000b:90-91).

También repararon en la desprotección de los propietarios LÓPEZ R., que soportarían los riesgos de la actividad sin tener una “justa y previa oportunidad de actuar como empresario” (1999:531-2), y BASSOLS C., que sostiene que si “...el propietario está vinculado por los deberes de urbanizar y edificar debe disponer de unos cauces preferentes para hacer efectiva una iniciativa derivada del dominio y no simplemente de la libertad de empresa” (2002:30).

Por último, hubo alguna crítica instrumental (TEJEDOR B., 2002:84-5) referida a la incertidumbre de los justiprecios expropiatorios que, tras la Ley 10/2003, de 20 de mayo, y mucho más tras la LS 2007, perdió importancia.

Sin embargo, el modelo también ha tenido una consistente defensa. PAREJO A., en congruencia con sus postulados anteriores, destacaba como:

³³¹ También decía que “...las consecuencias son aún más sorprendentes cuando quien interviene como beneficiario de la expropiación es un promotor privado: entonces la Administración se limita a ponerle precio a su intermediación como titular de unas funciones urbanísticas teóricamente protectoras de los más débiles y de una *potestas* pública que es la potestad expropiatoria, precio que, cómo no, ha sido fijado en el correspondiente convenio. Esto no es invención mía sino una de las innovaciones fundamentales de la Ley valenciana reguladora de la actividad urbanística...” (*Ibid.*).

“...este nuevo enfoque del proceso urbanístico abre paso a una esclarecedora distinción entre los ámbitos de las actividades y las cosas y, por tanto, de la organización jurídica de la titularidad y la disposición sobre unas y otras. La urbanización y la edificación pertenecen al mundo de las actividades y no de los bienes, porque consisten cabalmente en un hacer organizado y complejo (empleando cosas existentes con un objetivo y para conseguir un nuevo resultado: la producción de nuevas y distintas cosas, sea suelo urbanizado y, por tanto, también solares, sea construcciones o instalaciones en solares)” (1995:120).

GÓMEZ-FERRER M., en tanto, subrayaba que esta ley “...iniciaba un camino nuevo en el derecho urbanístico para solucionar los problemas existentes. En esta nueva vía, la figura del agente urbanizador ocupa el eje central; y esta figura... se ha concebido de tal forma que respete y armonice los intereses en presencia, tanto el interés general... como los intereses de los propietarios” (1995:223). TEJEDOR B., siguiendo las posturas de PAREJO A. y GARCÍA-BELLIDO, ha llegado a calificar el modelo unitario vigente a nivel estatal como de “difícil justificación constitucional”³³². FONSECA F. (1999:238-241) también ha manifestado su coincidencia con este parecer y, como ya vimos, la Comisión de Expertos en Urbanismo se inclinaba mayoritariamente por este sistema.

Por otra parte, la evaluación empírica ha sido favorables (MODREGO C., 2000, y GERARDO R. y FERNÁNDEZ M., 2002). El segundo de estos trabajos demuestra que a esa fecha persistía en Valencia el incremento del ritmo urbanizador, lo que tenía un efecto moderador en el crecimiento del valor del suelo —aunque insuficiente por la falta de promoción de vivienda protegida— y fomentaba una situación de competencia satisfactoria entre los agentes urbanizadores que operan en la Comunidad (contradiendo los fenómenos de monopolio y oligopolio denunciados por SERRANO LÓPEZ, 1999:629-630, GARCÍA DE ENTERRÍA, 2000b:90-91 y el Informe del TDC de 1995³³³).

³³² Véase especialmente 1998:339-364 (*El fracaso del modelo urbanístico distributivo y la necesidad de un nuevo derecho público del suelo*). Allí afirma que “*La función social no permite convertir forzosamente al propietario en empresario. Tal concepción de la actividad urbanística... no resulta defendible. En primer lugar, porque, oculta la auténtica realidad, los auténticos intereses, que en la mayoría de las ocasiones no son... los de los propietarios, sino los de los promotores. Siempre que hay posibilidad de obtener un lucro urbanístico existirá un promotor, o un propietario transformado en promotor, un empresario en definitiva, que tenderá a utilizar su «sacrosanto» derecho de propiedad como argumento para la obtención de un mayor beneficio empresarial. En segundo lugar, la concepción expuesta... niega precisamente el valor del que la propiedad ha pretendido ser reflejo: la libertad. La libertad que se reconoce al empresario... se le niega al propietario...*” . *Ibíd.*:352 (cursivas en el original). También puede verse esta postura en *Ibíd.*:28-30.

³³³ Este informe afirma que el sistema valenciano crea “...un oligopolio controlado, un mercado con más componentes restrictivos que los existentes” (1995:37).

Además de estas opiniones doctrinales conviene destacar que la aplicación de la Ley hizo que fuese mantenida incluso tras producirse un cambio en la orientación política del Gobierno valenciano que, según anunciaba el Gobierno electo, iba a significar una profunda modificación (FERNÁNDEZ R., 1997a:189-190).

Adicionalmente, la propia LRSV dio un espaldarazo al sistema con su art. 4.3 que exigía a la Administración actuante promover, en los supuestos de actuación pública —y en el marco de la legislación urbanística—, “la participación de la iniciativa privada aunque ésta no ostente la propiedad del suelo” (este apartado no estaba en el proyecto aprobado por el Gobierno y fue agregado, en el Congreso de los Diputados, precisamente para salvar la legitimidad del modelo valenciano, PAREJO A., 2001-2002:70-1)³³⁴. La jurisprudencia constitucional admitió la licitud de esta fórmula en la STC 164/2001, que al interpretar el alcance del art. 4 indica que éste:

“...ha adoptado, en lo que ahora importa, dos criterios normativos: la sustracción del control y dirección de las actuaciones urbanísticas a los mecanismos de mercado (y por tanto a las decisiones de los propietarios o empresarios); y la participación de los particulares (propietarios o no) en la acción urbanística pública. Estas dos opciones normativas establecen, con carácter general, límites al posible juego de los derechos de propiedad (art. 33.1 CE) y —en su caso— de libre empresa (art. 38 CE) en relación con un bien escaso como es el suelo” (FJ 9).

Todo lo anterior explica que las 16 leyes urbanísticas existentes contemplen de algún modo al agente urbanizador, muchas de ellas con matices que evitan los aspectos polémicos de los modelos de Valencia y Castilla La Mancha (BASSOLS C., 2002, y TEJEDOR B., 2002), aunque se da el caso de Madrid en que ha sido suprimido recientemente, a través de la Ley 3/2007, de 26 de julio, de medidas urgentes de modernización del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid³³⁵.

Hay, sin embargo, dos problemas de gran relevancia que no podemos desarrollar —nos apartaríamos del objeto de este capítulo— y que representan los mayores desafíos del sistema. Se trata de:

- La relación entre la LRAUValencia y la legislación de contratos del Estado, que hizo que el TSJV elevara una cuestión de constitucionalidad al TC, rechazada por un auto de 16.07.2002 que no entró al fondo del asunto, pero luego zanjada por una serie de sentencias del TS; y

³³⁴ Puede verse la evolución del proyecto en GARCÍA-BELLIDO G. y SANTOS D., 1997.

³³⁵ BOE núm. 241, de 08.10.2007. Su artículo 17 modifica la LsMadrid “para la supresión de figura del agente urbanizador”, derogando “los artículos 104.c, 109, 110, 111, 112 y 113 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo”. Dice la exposición de motivos: “Otra importante novedad de la Ley es la supresión de la figura del agente urbanizador, que durante su existencia no ha demostrado su eficacia y cuyas funciones podrían entrar en colisión con el derecho de propiedad de numerosos ciudadanos”.

- La posible aplicación a la actividad urbanizadora desempeñada por privados, como el agente urbanizador, de la Directiva 2004/18/CEE del Consejo, sobre adjudicación de ciertos contratos públicos, fantasma que ronda al urbanismo español desde la STJCE de 12.07.2001, sobre el denominado caso *Scala* y que, como veremos a continuación (apartado f), está pendiente de resolución en el TJCE³³⁶.

e) La separación entre propiedad y actividad urbanizadora en el art. 6 a) del TRLS 2008.

La exposición de motivos de la LS 2007 señala que una de las “peculiaridades históricas del urbanismo español” ha sido reservar “...a la propiedad del suelo el derecho exclusivo de iniciativa privada en la actividad de urbanización” (I). Y es que:

“...si bien la edificación tiene lugar sobre una finca y accede a su propiedad —de acuerdo con nuestra concepción histórica de este instituto—, por lo que puede asimismo ser considerada como una facultad del correspondiente derecho, la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados, y que suele afectar a una pluralidad de fincas, por lo que excede tanto lógica como físicamente de los límites propios de la propiedad. Luego, allí donde se confíe su ejecución a la iniciativa privada, ha de poder ser abierta a la competencia de terceros, lo que está llamado además a redundar en la agilidad y eficiencia de la actuación” (III).

De allí que el art. 6 a) del TRLS 2008 (de idéntico tenor al de la LS 2007) establezca que la legislación sobre ordenación territorial y urbanística regulará “El derecho de iniciativa de los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, en ejercicio de la libre empresa, para la actividad de ejecución de la urbanización cuando ésta no deba o no vaya a realizarse por la propia Administración competente”. En otras palabras, a diferencia de la LRSV que incluyó entre los derechos de los propietarios de suelo urbanizable el de promover su transformación urbanística (art. 15.1), el TRLS 2008 liga la facultad de urbanizar el suelo a la libertad de empresa y no a la propiedad. Esta norma distingue nítidamente dos esferas siguiendo el predicamento que hiciera PAREJO A. (1993 y 1997:33-74): la de la urbanización y la de la edificación, en una suerte de culminación del camino iniciado en 1994 por la LRAUValencia. En la línea de lo planteado entonces, PAREJO A. afirma que la urbanización es:

“...con toda evidencia, una actividad de contenido económico pero de interés general, por lo que, aun siendo su régimen de referencia el del mercado en libre

³³⁶ Cfr. *infra* nota 343.

competencia, no tiene que ser, sin embargo, éste sin más, ya que puede ser objeto de las modulaciones y restricciones que en último término contempla el derecho comunitario (art. 86 TCE)” (PAREJO A. y ROGER F., 2008:152-3).

Se trata de una opción legislativa que, como era de esperar, no ha sido nada de pacífica. FERNÁNDEZ R., p. ej., la califica de:

«...una verdadera “nacionalización” del derecho a urbanizar, perfectamente innecesaria... porque nunca se ha puesto en cuestión por nadie que la dirección del proceso urbanizador corresponde a la Administración, ni tampoco que esa dirección sea compatible con el respeto a la iniciativa de los propietarios».

Esta medida sería inconstitucional por desproporcionada, particularmente porque el art. 6 a) del TRLS 2008 admite que la legislación autonómica siga reservando la iniciativa urbanizadora a los propietarios del suelo con total discrecionalidad (FERNÁNDEZ R., 2008:23). Por lo mismo se ha dicho que la legislación estatal no estaría ejerciendo, además, el único título competencial que le permite regular esta materia, a saber, el art. 149.1.1 CE (garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo), cuya ausencia viviría también esta regulación (FERNÁNDEZ T., 2007:25). También en sentido crítico GONZÁLEZ P. ha señalado, al comentar este artículo, que la iniciativa privada, bajo dirección y control públicos, parecía “...lo más congruente con el derecho de libertad de empresa y el de propiedad privada”, pero las leyes urbanísticas habrían:

“...ampliado de tal manera el margen de discrecionalidad de las Administraciones públicas, que ha quedado en manos de éstas la libre decisión de cuándo confiar la gestión a los particulares. De ahí que la libertad de empresa, tan solemnemente consagrada en la CE, queda limitada a organizar empresas urbanizadoras, que podrán realizar su actividad propia cuando la ejecución de la urbanización «no deba (¿?) o no vaya a realizarse por la propia Administración», como dice el apartado a) del artículo comentado” (GONZÁLEZ P., 2008:207-8).

f) Las críticas del Parlamento Europeo.

El modelo del agente urbanizador ha sido también analizado por algunas instituciones de la Unión Europea. Numerosos afectados por procesos de expropiación derivados de actuaciones promovidas por agentes urbanizadores reclamaron la intervención del Parlamento Europeo alegando la afectación de su derecho de propiedad (la Comisión de Peticiones de dicho Parlamento afirma

haber recibido alrededor de 15.000 peticiones por este asunto)³³⁷. A fines de 2005 el Parlamento Europeo aprobó una resolución³³⁸ “sobre las alegaciones de aplicación abusiva de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística (LRAU) y sus repercusiones para los ciudadanos europeos”. En ella pedía “resolver los problemas que plantea la actual legislación en los aspectos relacionados con la protección de los derechos de propiedad, que suscitan cuestiones relacionadas con los derechos humanos y los derechos fundamentales, así como respecto a la normativa comunitaria en materia de contratación pública”, e instaba a las autoridades competentes, entre otras cosas, a dar «una definición clara del concepto de “interés público”, de forma que descarte sin ambigüedades toda posibilidad de que la justificación del interés público de una expropiación... pueda utilizarse para la promoción de intereses con un carácter más privado que público». Asimismo, solicitaba establecer “criterios obligatorios para el cálculo de las indemnizaciones en casos de expropiación, sobre la base de las normas y principios reconocidos en la jurisprudencia del TJCE y del TEDH” y adoptar “medidas que garanticen que todo propietario inmobiliario afectado por cualquier plan de urbanización sea informado, de forma individual, efectiva y a su debido tiempo, tanto del plan en cuestión como de todos aquellos aspectos del mismo que puedan afectar a su propiedad y a sus derechos fundamentales, con el fin de garantizar plenamente la posibilidad de utilizar las vías de recurso pertinentes”.

A fines de 2007 el Parlamento Europeo aprobó una segunda resolución a propósito de los resultados de una misión de investigación sobre este tema enviada en las comunidades autónomas de Andalucía, Comunidad Valenciana y Comunidad de Madrid³³⁹, donde señaló que:

“...la obligación de ceder propiedad privada adquirida legítimamente, sin seguir el procedimiento debido y sin ofrecer una compensación adecuada, vinculada a la obligación de sufragar costes arbitrarios para el desarrollo de infraestructuras no solicitadas, y a menudo innecesarias, constituye una vulneración de los derechos fundamentales de las personas de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase, por ejemplo, el

³³⁷ Los peticionarios eran tanto españoles como nacionales de otros países europeos. Algunos se organizaron en asociaciones, como la “Asociación valenciana en defensa de los derechos humanos medioambientales y en contra de los abusos urbanísticos”, también conocida como “Abusos Urbanísticos NO” (www.abusos-no.org).

³³⁸ Resolución del Parlamento Europeo sobre las alegaciones de aplicación abusiva de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística (LRAU) y sus repercusiones para los ciudadanos europeos, DOCE 286 E de 23.11.2006.

³³⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, sobre los resultados de la misión de investigación en las comunidades autónomas de Andalucía, Comunidad Valenciana y Comunidad de Madrid, en nombre de la Comisión de Peticiones, DO C 146 E de 12.6.2008, p. 340.

asunto Aka/Turquía, Sentencia de 23 de septiembre de 1998) y con arreglo a lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea” (E.1).

Por ello solicitó a las autoridades españolas —estatales y autonómicas, particularmente la Generalitat Valenciana—:

“...respetar y aplicar las disposiciones del Tratado UE y la legislación de la Unión, que reconozcan el derecho legítimo de las personas a su propiedad adquirida legalmente y establezcan por ley criterios más precisos para la aplicación del artículo 33 de la Constitución Española con respecto a la utilidad pública y el interés social, con el fin de prevenir y prohibir que las decisiones de las autoridades locales y regionales vulneren los derechos de propiedad de las personas” (E.8).

Por último, consideró que:

“...cuando deba compensarse la pérdida de propiedad inmobiliaria, dicha compensación debe efectuarse aplicando tasaciones adecuadas y conformes a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (E.13)³⁴⁰.

A raíz de nuevas presentaciones la Comisión de Peticiones encargó un nuevo informe a la eurodiputada danesa Margrete Auken, aprobado por la resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2009, “sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario”. En ella se insiste en las posiciones anteriores ante la falta de cambios y se afirma que “se han dado muchos casos en que todas las administraciones, central, autonómicas y locales han sido responsables de haber puesto en marcha un modelo de desarrollo insostenible, que ha tenido gravísimas consecuencias, por supuesto medioambientales y, además, sociales y económicas” (párrafo S), lo que conformaría un panorama de:

“...abusos al que están sometidos miles de ciudadanos de la UE, quienes, como consecuencia de los planes elaborados por los agentes urbanizadores, no sólo han perdido sus bienes legítimamente adquiridos, sino que se han visto obligados a pagar el coste arbitrario de proyectos de infraestructuras a menudo no deseadas e

³⁴⁰ La Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de septiembre de 2008, sobre las deliberaciones de la Comisión de Peticiones durante el año 2007, de 23.09.2008, “Reitera su compromiso de defender el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea a la propiedad privada legalmente adquirida y condena todo intento de despojar a las familias de sus propiedades sin un proceso justo, compensación adecuada ni respeto por su integridad personal; observa un incremento del número de peticiones recibidas sobre este mismo asunto, en particular en 2007 por lo que respecta a España, y toma nota asimismo del informe y las recomendaciones de la misión de investigación realizada por la Comisión de Peticiones para examinar este problema por tercera vez; constata que siguen en curso procedimientos de infracción relativos a las Directivas sobre contratación pública” (AI.24).

innecesarias que afectaban directamente a sus derechos a la propiedad y que han acabado en catástrofe financiera y emocional para muchas familias” (párrafo AG).

La resolución afirma que el derecho de propiedad formaría parte de los principios generales del Derecho comunitario, pero reconoce que su regulación es competencia de los Estados miembros dado que el artículo 295 del Tratado CE no prejuzga el régimen de la propiedad de aquéllos³⁴¹. Como las normativas nacionales no comprendidas en el ámbito del Derecho comunitario están fuera de la competencia del TJCE éste no podría intervenir y una vez agotadas las instancias nacionales sólo cabría el recurso al TEDH (párrafo U), de cara al artículo 1º del Protocolo N° 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (París, 20.03.1952)³⁴². Cita, también, eventuales infracciones a algunas directivas comunitarias, especialmente la Directiva 2004/18/CE, sobre adjudicación de ciertos contratos públicos —en junio de 2007 la Comisión Europea denunció a España ante el Tribunal de Justicia de las CCEE por este motivo, sin que a la fecha se haya dictado sentencia firme en este asunto³⁴³—,

³⁴¹ «...que, según lo dispuesto en el artículo 295, el Tratado CE: "no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros"; que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha disposición sólo reconoce la competencia de los Estados miembros para establecer el régimen de la propiedad; que dicha jurisprudencia ha confirmado que esa misma competencia debe ejercerse siempre en conexión con los principios fundamentales del Derecho comunitario, como son la libre circulación de bienes, personas, servicios y capital (véase la Sentencia de 22 de junio de 1976 en el asunto C-119/75 Terrapin / Terranova [1976] Rec. 1039)» (párrafo J).

³⁴² **Artículo 1. Protección de la propiedad.** / Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. / Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.

³⁴³ La Comisión estimó que las leyes urbanísticas valencianas vulnerarían las Directivas Comunitarias sobre contratación pública en relación con los proyectos de urbanización (IP/07/921). La reseña sobre esta denuncia presentada en el sitio web de la Unión Europea (<http://europa.eu/rapid/searchAction.do>) recuerda que originalmente la Comisión envió al Gobierno español una carta de emplazamiento y un dictamen motivado (IP/05/1598, 14 de diciembre de 2005) en relación con la LRAU, cuestión que luego reiteró a propósito de la LUV (IP/06/443, 4 de abril de 2006, e IP/06/1370, 12 de octubre de 2006). Sobre esta base la Comisión decidió denunciar a España ante el Tribunal de Justicia Europeo: “La Comisión considera que, aunque simplifica el procedimiento de selección de los agentes urbanizadores, la LUV sigue incumpliendo las directivas sobre contratación pública de la UE en varios aspectos, tales como la posición de los licitadores que solicitan a las autoridades adjudicadoras el inicio de un procedimiento de adjudicación de un programa de actuación integrada, el contenido de los anuncios de licitación y de los documentos de licitación, algunos de los criterios de adjudicación de contratos, y la posibilidad de modificar el contrato en el momento de la adjudicación o durante su ejecución.

la Directiva 2000/60/CE que establece un marco comunitario en el ámbito de la política de aguas y la Directiva 2001/42/CE sobre evaluación ambiental estratégica. Por todo esto la resolución concluye pidiendo al Gobierno de España y a las comunidades autónomas implicadas:

“...una profunda revisión de toda la legislación que afecta a los derechos de los propietarios particulares de bienes como resultado de una urbanización masiva, con objeto de poner fin a los abusos de los derechos y las obligaciones consagrados en el Tratado CE, en la Carta de los Derechos Fundamentales, en el CEDH y en las directivas europeas pertinentes, así como en otros convenios de los que la UE forma parte”.

En especial —y sólo por citar las medidas más significativas— se pide la derogación de “todas las figuras legales que favorecen la especulación, tales como el agente urbanizador”, la suspensión y revisión de todos los nuevos planes urbanísticos que no respeten dichas normas y que se desarrolle la transparencia administrativa en estas materias.

No es claro aún qué efectos tendrá esta última resolución del Parlamento Europeo, tal como ha ocurrido con sus predecesoras. Desde luego, los títulos competenciales que invoca para intervenir en estas materias parecen bastante discutibles. Sin embargo, y siguiendo a LASAGABASTER (2006:76-7), debe recordarse que el Tratado de Niza permite que el Consejo de la Unión Europea constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de “los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho”, y le dirija recomendaciones adecuadas siguiendo el procedimiento descrito en el art. 7.1 TUE. Uno de los organismos que puede proponer el inicio de este procedimiento es, precisamente, el Parlamento Europeo. Se trata, sin embargo, de un mecanismo bastante extremo. La última resolución señala posibles medidas a adoptar en caso de incumplimiento del Gobierno de España y las comunidades autónomas implicadas: 1º, el ejercicio de la facultad de la Comisión para interrumpir la provisión de fondos estructurales y/o estipular correcciones en proyectos receptores de fondos que no cumplen

Asimismo, la Comisión estima que las autoridades españolas no han cumplido las obligaciones que les impone el derecho comunitario, al no haber adoptado medidas para impedir que se adjudiquen contratos infringiendo la legislación de la UE. Por último, existe discrepancia sobre la cuestión fundamental de si los PAI son contratos públicos sometidos a las normas de contratación pública de la UE. Las autoridades españolas mantienen que los PAI no son contratos públicos y que, por consiguiente, ni la LRAU ni la LUV infringen las directivas de la UE. La Comisión mantiene la opinión contraria”. Sobre este tema existe una nutrida bibliografía, entre la que puede consultarse TARDÍO P. (2007:399-470) y los trabajos reunidos en el número monográfico de *Documentación Administrativa* 261-262 (2001-2002), titulado “Ejecución de los planes de urbanismo y contratación administrativa”.

plenamente con la normativa de la UE³⁴⁴; y, 2º, la facultad del Parlamento para colocar en reserva los fondos destinados a políticas de cohesión si considera que es “necesario para persuadir a un Estado miembro a que ponga fin a graves vulneraciones de la normativa y los principios que está obligado a respetar, sea con arreglo al Tratado o como consecuencia de la aplicación del Derecho comunitario, hasta el momento en que el problema se haya resuelto”³⁴⁵. Por cierto, es curioso que el Parlamento se preocupe con tanto vigor del Derecho de propiedad —más si, como ya señalamos, el art. 295 TCCE “no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros” — y no se preocupe “con el mismo vigor sobre la vigencia de los derechos democráticos en los diferentes Estados” (LASAGABASTER, 2006:78).

2.3. El Derecho de propiedad en Chile.

«Art. 19.- La Constitución asegura a todas las personas:... / El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. / Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. / Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a

³⁴⁴ Arts. 91 y 92 del Reglamento (CE) N° 1083/2006 del Consejo, de 11.07.2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) N° 1260/1999 (DOCE L 210, 31.7.2006).

³⁴⁵ La exposición de motivos del Informe Auken señala “La Comisión Europea podría emplear el procedimiento de infracción para garantizar que un Estado miembro cumple sus responsabilidades de conformidad con los Tratados o las directivas de la UE. El Parlamento Europeo, que no dispone de este instrumento, podría, en determinados casos debidamente justificables, emplear su competencia presupuestaria para lograr efectos similares si decidiera hacerlo. Llegados a este punto, baste señalar que existen muchos ejemplos donde la urbanización masiva ha incorporado elementos subvencionables por la UE para nuevas infraestructuras en el programa general a fin de permitir al Parlamento y a su Comisión de Control Presupuestario estudiar en mayor profundidad los casos afectados si no se logran avances en la resolución de las cuestiones planteadas por los peticionarios al Parlamento Europeo. Como ponente, espero sinceramente que no sea necesario aplicar esta medida” (Documento A6-0082/2009, de 20.2.2009, p. 19).

derecho por dichos tribunales. / A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado. / La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión (...).».

2.3.1. Fundamentalidad y contenido esencial de la propiedad en la CPR: la exacerbación del subjetivismo propietario.

Conviene partir aclarando es que el proyecto del texto constitucional vigente en Chile fue redactado, entre 1973 y 1978, por una Comisión conocida como “Comisión Ortúzar” —por su Presidente, Enrique Ortúzar E.—, designada en 1973 por la Junta de Gobierno Militar que, previamente, se había autoatribuido el poder constituyente³⁴⁶. A través de un procedimiento *ad hoc* el texto fue aprobado con enmiendas por el Consejo de Estado en 1980 —otro órgano asesor de la Dictadura de entonces— y finalmente sancionado, ese mismo año, por la Junta de Gobierno Militar, también con algunas enmiendas. El proyecto fue plebiscitado y mayoritariamente aprobado el 11.09.1980, con las lógicas e importantes limitaciones que podía tener un acto electoral organizado por una dictadura militar (entre las que pueden mencionarse, a modo ejemplar, la ausencia de registros electorales y observadores independientes, la restricción de algunos derechos fundamentales en virtud del llamado “estado de emergencia” y el control oficial directo o indirecto de la prensa). Fue promulgada por el D.S. N° 1.150/1980, del M. del Interior, y entró en vigencia el 11.03.1981³⁴⁷.

Aunque desde el retorno a la democracia en Chile (1990) esta Constitución ha experimentado numerosas e importantes modificaciones³⁴⁸, en lo relativo al derecho de propiedad mantiene inalterable su texto, redactado con el propósito explícito de reforzar las garantías de los propietarios frente a las intervenciones

³⁴⁶ El Decreto Ley N° 128/1973 (D.O. 16.11.1973) declaró que ésta “ha asumido desde el 11 de Septiembre de 1973, el ejercicio de los poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo. El Poder Judicial ejercerá funciones en la forma y con la independencia y facultades que señale la Constitución Política del Estado”. Para evitar que se entendiera retroactiva se planteó como una norma interpretativa del primero de los Decretos Leyes dictados por la Junta Militar, de 11.09.1973.

³⁴⁷ Sobre este período puede consultarse NOGUEIRA A., 2008.

³⁴⁸ A octubre de 2009 son 23 y 2 más han concluido su tramitación parlamentaria y están *ad portas* de ser promulgadas y publicadas.

estatales³⁴⁹. Se trata de algo lógico, pues, como es sabido, la dictadura militar que gobernó Chile entre 1973 y 1990 terminó violentamente con el gobierno de coalición encabezado por el socialista Salvador Allende G. (1970-73) declarándose, desde sus inicios, como antiestatista³⁵⁰. Se entiende así que procurase fundar un nuevo orden económico fortaleciendo el derecho de propiedad privado³⁵¹, en directa reacción al progresivo debilitamiento de este derecho en el periodo 1925-1973, acentuado durante el gobierno de Allende³⁵². No está de más recordar que un acuerdo de la Cámara de Diputados previo al golpe militar, aprobado por 81 votos contra 47 (22.08.1973), afirmaba que el Gobierno de Allende:

«Ha violado sistemáticamente la garantía constitucional del derecho de propiedad, al permitir y amparar más de 1.500 “tomas”³⁵³ ilegales de predios agrícolas, y al promover centenares de “tomas” de establecimientos industriales y comerciales para luego requisarlos o intervenirlos ilegalmente y constituir así, por la vía del despojo, el área estatal de la economía ...».

Esta tendencia luce a lo largo de todas las declaraciones de los órganos que intervinieron en la redacción de la Carta Fundamental. Así, cuando el General Pinochet envía sus “orientaciones fundamentales” para guiar el trabajo final de la Comisión Ortúzar (10.11.1977, RChD N°1-6, 1981:137) postula una “nueva democracia” caracterizada como “autoritaria, protegida, integradora, tecnificada y

³⁴⁹ Reforzamiento que a veces se ha extendido a extremos sorprendentes, como sostener la inconstitucionalidad de subastar bienes embargados en un juicio ejecutivo porque la Constitución omitió expresamente la mención a la sentencia judicial como instrumento idóneo para privar del dominio que contenían la Constitución del 1833 y la de 1925 hasta 1967 (TAVOLARI O., 1993). Dicha postura fue oportunamente rebatida por A. SILVA B. y María P. SILVA G., quienes en base a la historia fidedigna de la Carta Fundamental y a los antecedentes de la Ley N° 16.615 demuestran con nitidez que “el dominio puede ser perdido como resultado de los compromisos libremente contraídos, en virtud del principio de la autonomía de la libertad” (Cfr. en El Mercurio, p. A-2, 15.04.1994).

³⁵⁰ La “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”, fechada el 11.03.1974, señala que “El respeto al principio de subsidiariedad representa la clave de la vigencia de una sociedad auténticamente libertaria. Casi podría decirse que el barómetro principal para medir el grado de libertad de una estructura social. Por oposición a él, **cuanto mayor sea el estatismo que afecte a una sociedad, menor será su efectiva libertad**, por extendido que sea ejercido el ejercicio ciudadano de los derechos políticos”. Se añade luego que “El estatismo genera, en cambio, una **sociedad gris, uniforme, sometida y sin horizontes**” (punto II, N°4, destacados nuestros). En el mismo sentido se pronunció la comisión redactora del texto constitucional al referirse al Orden Público Económico en sus “Proposiciones e Ideas Precisas” (CENC, 1981[1978]: 159-160).

³⁵¹ Al punto que la propiedad se ha transformado en una vía de protección indirecta para todos los derechos en cuanto pueda sostenerse que éstos han ingresado al patrimonio de su titular y son, por lo mismo, una propiedad incorporal. Una visión crítica de este fenómeno en VERGARA, 1992

³⁵² Puede consultarse acerca de este período BRAHM, 1999.

³⁵³ La expresión “tomas” es utilizada en referencia a ocupaciones ilegales de terrenos o establecimientos.

de auténtica participación social” (sic) que tendría entre sus pilares una estructura económico-social que reforzaría la libertad del hombre frente al “estatismo avasallador”. Siguiendo este predicamento la Comisión Ortúzar afirmó, al presentar las proposiciones e ideas precisas de su anteproyecto de Constitución (16.08.1978), que el derecho de propiedad “...constituye un fundamento de las libertades públicas y especialmente de la libertad política...” (CENC, 1981[1978]:153) y, en tal carácter, sería un mecanismo jurídico para fortalecer y proteger a la “nueva democracia” de sus mayores enemigos: la “demagogia” y, especialmente, “el imperialismo totalitario”. Añadía que este era uno de los derechos:

“...de mayor trascendencia en nuestro ordenamiento institucional... Si la satisfacción de las necesidades más primordiales de la persona dependen de la voluntad omnímoda del Estado, no hay ni puede haber libertad política. Un régimen que desconozca o debilite el derecho de propiedad, desconoce o debilita la democracia y asfixia la capacidad creadora del hombre, que es el gran motor que impulsa el desarrollo de los pueblos. / Mientras más respetuoso sea un Estado del derecho de propiedad y de su amplia proyección que es la libertad económica, más libres serán el modo de vivir y la actividad de las personas y, por cierto, esta será más productiva y beneficiosa para el país” (CENC, 1981[1978]: 211-2).

Con todo, el texto propuesto por la Comisión fue menos individualista que el aprobado por el Consejo de Estado, pues:

- Incluía dentro de la función social de la propiedad “el mejor aprovechamiento de las fuentes de energía productiva para el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”, siguiendo con ligeros cambios el texto precedente que había fijado la Ley de Reforma Constitucional N° 16.615 (D.O. 20.01.1967). El Consejo de Estado suprimió ambos conceptos y mantuvo sólo “los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”;
- Permitía la expropiación por causa de interés social, la que fue eliminada por el Consejo de Estado (con cuatro disidencias) que dejó únicamente la “causa de utilidad pública o de interés nacional”; y
- Admitía diferir el pago de la indemnización por expropiación hasta cinco años, si lo exigía el interés nacional y así lo autorizaba una ley de quórum calificado, con algunas excepciones en que era obligatorio el pago al contado previo a la toma de posesión (pequeña propiedad, talleres artesanales, pequeña empresa y vivienda habitada por el sueño). El Consejo de Estado eliminó esta norma exigiendo en todos los casos el pago previo (con una disidencia y dos abstenciones).

Adicionalmente, el art. 20 de la CPR estableció una acción de protección de derechos fundamentales semejante al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español —pero conocido por los tribunales ordinarios de justicia, concretamente las Cortes de Apelaciones, en primera instancia, y la Corte Suprema, en segunda—, que contempló entre los derechos que protegía al derecho de propiedad³⁵⁴. A su turno, el art. 19 N° 26 CPR asegura:

“...que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

En consecuencia, no cabe duda que en el ordenamiento constitucional chileno concibe al derecho de propiedad como un derecho fundamental: sólo puede ser limitado por ley, tiene un contenido esencial garantizado y está protegido por una acción cautelar de rango constitucional. Es más, el detalle de la regulación del procedimiento expropiatorio —infrecuente en el derecho constitucional comparado, que se limita a fijar bases muy escuetas a este respecto— revela una especial consideración respecto de él. En efecto, se constitucionaliza la exigencia de indemnización previa —que sólo cede ante el acuerdo del propietario— y la equivalencia de la indemnización definitiva con el “daño patrimonial efectivamente causado”³⁵⁵.

³⁵⁴ Sobre esta acción pueden verse SOTO K., 1982, RÍOS, 2007, y ZÚÑIGA U. y PERRAMONT S., 2003.

³⁵⁵ El art. 19 N° 24 CPR dispone, en sus incisos 3°, 4° y 5°, lo siguiente: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el **daño patrimonial efectivamente causado**, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. / **A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.** / La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar **previo pago del total de la indemnización**, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, **decretar la suspensión de la toma de posesión**”. Es evidente el contraste con las Constituciones europeas. El art. 33.3 CE establece la causa *expropriandi*, de una “correspondiente indemnización” y encarga el resto de la regulación a la ley. El art. 42, párr. 3°, de la Constitución Italiana apenas declara que “La propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización”. La alemana, por su parte, regula en su art. 14.3 la causa *expropriandi*, encarga a la ley determinar la indemnización “considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados” y garantiza la tutela judicial en caso de discrepancia sobre su monto. También es evidente la diferencia con el

Conviene resaltar que este texto dio rango constitucional a la propiedad sobre bienes incorporeales, hasta entonces reconocida sólo por el art. 583 del Código Civil chileno (*"Sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad"*). Según el art. 565 del mismo Código los bienes incorporeales consisten en meros derechos, los que pueden ser —al tenor del art. 576— reales o personales. Ello constitucionaliza la llamada "propietización de los derechos" que la jurisprudencia chilena ha reconocido reiteradamente a partir de una sentencia de la Corte Suprema de 24.12.1968, relativa al cambio legal de las condiciones de los contratos de arrendamiento de predios rústicos³⁵⁶ —con algún antecedente previo— (GUZMÁN B., 1997:236-8), llevando a que la ya referida acción de protección termine tutelando situaciones tan heterogéneas como el derecho a la estabilidad de los funcionarios públicos —también llamado "derecho a la función" (entendiendo que el derecho a la estabilidad en los cargos sería un bien incorporal sobre el cual se tiene propiedad, tendencia últimamente en retroceso³⁵⁷)—, la calidad de estudiante

proyecto de la propia Comisión Ortúzar, que como indicamos arriba admitía que la Ley pudiera diferir en el tiempo el pago de la indemnización por Ley de quórum calificado.

³⁵⁶ Cfr. RDJ T. 65 (1968) 2.1:392 y ss.

³⁵⁷ La jurisprudencia ha entendido que "la propiedad no recae sobre el cargo o empleo, sino sobre el derecho a permanecer en él en tanto no se produzca una causal legal para la cesación de sus funciones" (SCS de 26.05.1998, Rol 1.035/1998). En los últimos años ha empezado a predominar la tendencia opuesta. Puede verse, por ejemplo, la SCS de 22.01.2004, Rol N° 5.039/2003, que descarta en su consid. 13° que la función de los servidores públicos "...pueda ser objeto de una apropiación patrimonial como aquélla que proporciona el dominio, según la definición que de este derecho real se formula en el artículo 582 del Código Civil, puesto que las facultades que dicha disposición reconoce a sus titulares no se avienen con la naturaleza de la función pública y de los cargos destinados a servirla, para cuya protección y resguardo el ordenamiento consagra otros derechos...". En el mismo sentido la SCA de Santiago de 31.03.2010, Rol N° 1.188/2009 (confirmada por la SCS de 10.06.2010, Rol 3.259/2010), destacó "...la impropiedad de alegar un supuesto derecho de dominio respecto del cargo que han desempeñado en las filas de la institución policial los recurrentes, ya que ello importaría que éstos, en relación a sus cargos, han podido usar, gozar y disponer arbitrariamente de los mismos. Esto significa, ni más ni menos, que se sostiene que podrían vender, ceder dichos cargo o realizar a su respecto cualquier otro acto jurídico, lo que no puede ser más ajeno a la naturaleza jurídica de un empleo en una entidad pública, cualquiera que ella sea. / Incluso en el sector privado, resulta imposible sostener que se tiene un derecho de propiedad sobre cualquier empleo y esta Corte, en los múltiples casos sobre reclamos por despidos de que conoce, no ha tenido oportunidad de enfrentarse a una afirmación semejante. / Lo mismo cabe señalar en relación con la afirmación de que se incorporó al patrimonio de quienes recurren el derecho a la carrera funcionaria de oficial de Carabineros de Chile. Ello tampoco constituye un derecho de propiedad, sino que es la simple consecuencia de ser titular de algún cargo público, y encontrarse en una institución en la que exista carrera funcionaria. / En este punto debe aclararse que, para ascender, los funcionarios deben observar las prescripciones legales vigentes, independientemente de las que regían a la fecha de su ingreso a la institución, ya que lo más normal es que la normativa legal o reglamentaria se actualice en el tiempo, esto, que

(entendiendo que el bien incorporal sería el derecho a continuar un programa de estudios o a no ser expulsado)³⁵⁸ o, incluso, el prestigio profesional³⁵⁹ (cfr. ALDUNATE L. y FUENTES O., 1997:200-202) o la propia imagen³⁶⁰. Esta “inflación” del contenido de la propiedad ha sido objeto de justificadas críticas, pues lleva a que se considere que hay propiedad sobre cualquier interés subjetivo lícito para los efectos de protegerlo a través del recurso de protección o, en palabras de ALDUNATE L., a identificar:

“...la noción de bien incorporal... con la de derecho, sin más, y por lo tanto todos los derechos del individuo, como bienes incorporales, serían de su propiedad. Dicho de otro modo, todos los derechos serían patrimoniales, con lo que se demuestra que para llegar a este resultado hay que abandonar todo uso de lenguaje jurídico; no se puede decir que la noción de bienes incorporales comprende tanto los derechos de carácter patrimonial como aquéllos de naturaleza no patrimonial... El resultado es aún más absurdo extrapolando sus consecuencias a la misma sede constitucional: si todo derecho, sin importar su naturaleza, es un bien incorporal sobre el que hay propiedad, resulta de ello entonces que todos los derechos constitucionales son, a su vez, objeto de propiedad, incluyendo, obviamente, el propio derecho de propiedad que se transforma en objeto de sí mismo, en una

sea dinámica, precisamente para mejorar el estándar de calidad funcionaria, lo cual implica muchas veces imponer a los empleados públicos nuevas exigencias en aras de lo mismo, lo cual ha ocurrido, por ejemplo, en el propio Poder Judicial, sin que nadie se haya sentido discriminado por ello” (consid. 10º).

³⁵⁸ P. ej., sentencia de la Corte Suprema de 17.05.1995 (*Gaceta Jurídica* N° 179/1995, p. 45 y ss.).

³⁵⁹ Este último caso es probablemente el más extremo. Corresponde a una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 12.12.1999 (Fallos del Mes N° 369/1999, N° 13, p. 464 y ss.) que, ante un recurso de protección interpuesto por un médico, funcionario público, destinado a un hospital que estimaba inadecuado para su prestigio y preparación, declara que el “...prestigio y calidad profesional es un derecho que se incorpora al patrimonio del profesional... Sobre este derecho inmaterial el recurrente tiene una especie de propiedad. Es ésta la garantía constitucional que se ha quebrantado” (confirmada por SCS de 27.12.1994).

³⁶⁰ Véase la SCA de Santiago de 04.07.2008, Rol N° 2.214/2008, que acoge el recurso presentado por una persona cuya imagen fue utilizada sin su consentimiento en avisos publicitarios, señalando que “El derecho a la imagen de una persona natural queda amparado por el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, que se refiere a la propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, entre los cuales sin duda se encuentra el derecho a la imagen que se estima amagado; se trata de un bien de aquellos denominados incorporales que pertenece a toda persona por el solo hecho de ser tal. Cada individuo es dueño de su imagen, como atributo de su personalidad y únicamente puede disponer de la misma su titular, sin que nadie esté facultado para utilizarla sin su consentimiento” (cons. 6º). Confirmada sin más por SCS de 12.08.2008, Rol N° 4.407/2008 (*Gaceta Jurídica* N° 338/2008, p. 27-9).

progresión en espiral, infinita y bella, pero absurda. La estética y la lógica no siempre van de la mano...” (ALDUNATE L., 2005:166-7)³⁶¹.

En palabras de GUZMÁN B. esto implica interpretar la noción de bienes incorpóreos “...en un sentido vago y atécnico, como alusiva a cualquier ventaja no tangible o (filosóficamente) incorpórea sobre la que haya algún interés; y ha permitido presentar ante los tribunales recursos de protección sobre las más variadas pretensiones de expectativas, atribuciones o facultades no constitutivas de derechos” (GUZMÁN B., 1997:240), olvidando que la expresión “bienes” es técnicamente más restringida que “cosas”, pues alude sólo a una especie del género “cosas”: las que están en el patrimonio de las personas.

Otra manifestación de la fortaleza dominical en la CPR es la ya comentada recepción de la noción de contenido esencial de los derechos, a propuesta de una Subcomisión nombrada por la Comisión Ortúzar para tratar la regulación del derecho de propiedad. La idea surgió del ex Ministro de Estado Julio Philippi I. (CENC N° 148, Anexos:27), citando textualmente el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bohn y agregando que “el concepto de esencia no es ajeno al ordenamiento positivo nacional, ya que se contiene en el art. 1.444 del C. Civil”. Este concepto protegería al propietario con la ventaja de ir “...evolucionando en función del desarrollo cultural y las condiciones sociales, pudiendo incluso ocurrir que aquello que hoy es esencial mañana pueda dejar de serlo y viceversa”, lo que permitiría a los tribunales encontrar en cada caso el “verdadero sentido de la equidad”. Más adelante, los subcomisionados Ruiz y Eyzaguirre indicarían que la esencia del derecho estaría constituida por las facultades que confiere sobre los bienes, o sea, usar, gozar y disponer (CENC, N° 148, Anexos:62-64). Finalmente el art. 19 N° 24 incluyó en su inciso 3°, que inicia el tratamiento de la expropiación, la prohibición de privar no sólo del bien sobre que recae la propiedad sino también de “alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio”.

En paralelo, la Comisión decidió proteger la esencia de los derechos establecidos en el catálogo de derechos fundamentales del art. 19 con carácter general, como el numeral de cierre del precepto (el N° 26), a modo de “límite de límites”.

³⁶¹ Uno de los primeros en criticar abiertamente este estado de cosas fue VERGARA B., 1991-2, al sostener que aunque este mecanismo resulta útil para conferir seguridad jurídica, tiene el inconveniente conducir al concepto de propiedad hacia una crisis dogmática, relajándolo inevitablemente: «...al final -termina diciendo-, cuando “todo” sea propiedad (derechos, técnicas, actos, ámbitos, situaciones, etc.), ... por lógica, al mismo tiempo nada va a ser propiedad, pues se habrá inundado completamente en medio de este exceso». Para evitarlo, proponía reconducir los ámbitos, posiciones y titularidades a lo que son jurídicamente, protegiéndolos y reconociéndolos desde esta perspectiva y no vía el instituto de la propiedad (por ejemplo, con la categoría de los derechos reales administrativos).

“Art. 19.- La Constitución asegura a todas las personas:... N° 26 La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Si se revisa el tratamiento de este tema en las actas de esta Subcomisión y la propia Comisión Ortúzar resulta claro que la introducción de la técnica del contenido esencial corría a parejas con un generalizado desconocimiento de la dogmática alemana referida a este tema (CORDERO Q., 2006:138-139; RAJEVIC M., 1996:62-67). Su introducción termina siendo una circunstancia afortunada y su comprensión y desarrollo por la doctrina y jurisprudencia chilena será (más bien, es) paulatino, como veremos.

La aplicación de este precepto ha seguido un camino próximo al de la STC 11/1981. En efecto, el TCCh sostuvo tempranamente que su misión no era conceptualizar la esencia de los derechos en términos de filosofía jurídica, sino que debía:

«...desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de éste ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquéllo que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se “impide el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica» (STCCh 43/1987).

Esta concepción ha sido reiterada en sentencias posteriores, como pone de relieve el considerando 22º de la STCCh Rol N° 505/2006, que sitúa la infracción de la esencia en la magnitud de la afectación del derecho, precisamente a propósito del derecho de propiedad:

«...si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”. Nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales y, fundado en ello, esta Magistratura ha estimado que ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales de su dominio, como por ejemplo en el proyecto de ley sobre pensiones de seguridad social (considerandos 19 y 20 del fallo de 21 de agosto de 2001, rol 334)».

La doctrina, por su parte, sostuvo que la seguridad garantizada en el art. 19 N° 26 comprendía —en una suerte de jurisprudencia de intereses— “el fin esencial asignado al Derecho en su concepción positiva” (CEA E., 1981:112). Éste podría aparecer en el mismo texto constitucional, caso en que “debe ser interpretado para fijar su sentido. Esa interpretación debe ser extensiva en favor del titular del derecho y restrictiva respecto de la competencia asignada a la autoridad legislativa para regularlo, complementarlo, limitarlo o restringirlo”. De no aparecer este núcleo en el texto mismo de la Carta Fundamental debería ser integrado “mediante una interpretación teleológica congruente con los Principios Generales del Derecho y la Equidad” (CEA E., 1981:116). De este modo, la esencia quedaría al criterio de la jurisprudencia, “que debe modelar tales conceptos, porque es tarea de interpretación. Esta tiene que ser hecha buscando el sentido objetivo y que... es la finalidad de las normas no en sí mismas, sino que conectadas con la evolución social y la idea de justicia también progresiva. El Capítulo I de la Constitución se torna aquí capital” (CEA E., 1981:112).

Aplicando lo anterior al derecho de propiedad MOHOR A. señaló que su esencia no debía definirse “...por un *contenido específico y concreto*. Hay, efectivamente, y seguirá habiendo, una facultad de uso, goce y disposición, pero el cúmulo de atribuciones que cada una de ellas involucra irá modificándose indefectiblemente. Por esta razón la esencia debe ser definida sólo por la *relación ontológica del derecho con la finalidad* a que accede, puesto que ella permanecerá a través de los tiempos”; y esta finalidad consiste en “satisfacción de necesidades personales, instinto de seguridad, previsión de necesidades futuras, estímulo de la producción” (MOHOR A., 1989:308).

También la esencia ha sido identificada con los “atributos y facultades esenciales” mencionados en el art. 19 N° 24, inc. 2°, CPR. Los atributos serían ser el carácter funcionalizado, tendencialmente pleno, exclusivo y perpetuo de la propiedad; las facultades serían usar, gozar y disponer del bien sobre el que recae este derecho, pero conforme los atributos —esto es, descartando de plano el “absolutismo propietario” decimonónico³⁶²— (RAJEVIC M., 1996:67-72). En un sentido parecido ALDUNATE L. señala que “...la idea de esencia supone... una entidad preexistente al momento de su consagración constitucional” pero, al mismo tiempo, “...el

³⁶² La STCCh Rol N° 505/2006 reconoce esto al advertir que “...toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos de este Tribunal que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad” (consid. 23°).

contenido esencial del derecho no se encuentra dado, y en este sentido es una suerte de encargo a la elaboración dogmática”. En el art. 19 N° 24 CPR:

“...la única referencia posible a un contenido esencial como límite a la configuración legislativa ha de restringirse a la única remisión que el artículo hace a una entidad con esas características: el dominio, esto es, aquella especie de propiedad que recae sobre bienes corporales como el señorío más pleno sobre dichos bienes... / El llamado de la Constitución es aquí bastante completo, ya que no solo se refiere a las facultades del dominio, sino también a sus atributos esenciales. Por lo tanto, el contenido esencial del dominio no solo contendrá, en principio, elementos de las facultades de uso, goce y disposición, sino también las de su carácter absoluto, su perpetuidad y su elasticidad. / No obstante esta descripción, el contenido esencial no se identifica sin más con la regulación existente al momento de entrar en vigencia la Constitución, sino con un núcleo que, a lo menos, deberá considerar las posibilidades de modulación legislativa aceptadas por la propia legislación civil al momento de regularse la propiedad, y por las que posteriormente hayan sido aceptadas de manera pacífica en la sociedad; precisamente porque, si lo han sido, significa que no ha existido una controversia, en la respectiva comunidad jurídica, respecto de esas modulaciones. Aceptada que sea esta premisa, se observa un derecho de dominio originalmente sometido a varias modulaciones...” (ALDUNATE L., 2006:290-1).

De allí desprende que “...mientras el respectivo derecho de dominio conserve en alguna medida, por mínima que sea, la conjunción de los atributos de disposición, de uso y de goce, podría ser reconocido como dominio” (*Ibid.*).

De todo lo anterior puede concluirse que existe un importante margen de discrecionalidad legislativa para configurar diversos estatutos propietarios, lo que supone revisar las nociones de delimitación del derecho de propiedad y función social de la propiedad.

2.3.2. Delimitación y función social de la propiedad: una concepción estatutaria implícita.

La noción de función social aparece de manera implícita en la Constitución chilena de 1925 —en su redacción incluso se debatió la tesis de DUGUIT—³⁶³ y pasa a

³⁶³ El art. 10 N° 10, inc. 3°, de la Constitución de 1925 señalaba: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: ... N°10: “La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna. / Nadie puede ser privado de la de su dominio... / El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a **las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública;**” (negritas nuestras). En la Comisión redactora de este texto el entonces Presidente de la República, Arturo

explicitarse en la reforma de 1967³⁶⁴, cuyo molde será seguido en la Comisión Ortúzar y luego recortado por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno para llegar al texto final. En efecto, en éste se suprime la mención al “mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes...”. Así, el texto vigente señala que:

“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental” (art. 19 N° 24, inc. 2°, CPR).

Para la Comisión Ortúzar la función social está “implícita” en el derecho de propiedad y “...supone que... debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos” (CENC, 1981[1978]:213). Siguiendo esta idea se puede afirmar que la introducción de este concepto:

“...desplaza la idea de inviolabilidad de la propiedad o absolutismo de este derecho, pasando a entenderse que ésta, en su misma esencia, exige de su titular actuaciones que tiendan al logro del bien común. Y dichos deberes no son de naturaleza moral, solamente, sino que gozan de plena eficacia jurídica. Muchas veces ese deber será trabajar la propiedad, lo que permite que rinda frutos cuya circulación favorece a toda la comunidad, tanto por generar empleos como por producir riqueza —según sea el caso—. Así ocurre, por ejemplo, con la actividad minera, en que el sistema de amparo surge como la fórmula idónea para que ésta desarrolle su función social (art. 19 N°24, inc. 7°, CPR). Podrá ser también que se subdividan los grandes predios...” (RAJEVIC M., 1996:87).

La función social constituye, entonces, el título legitimador de las limitaciones y obligaciones que el legislador puede imponer al derecho de propiedad. A diferencia del art. 33.2 CE el constituyente chileno habló derechamente de limitar y no de delimitar. Sin embargo, se ha entendido que la limitación a que se refiere el

Alessandri P., leyó el texto de DUGUIT en que éste señala que la propiedad ha pasado de ser un derecho subjetivo para ser concebida como función social, como argumento para convencer a los comisionados de la necesidad de admitir limitaciones a este derecho (BERTELSEN R., 1999:44).

³⁶⁴ La ley de reforma constitucional N° 16.615 (D.O. 20.01.1967) reemplazó el inciso 3° del art. 10 N° 10, en lo que nos interesa, por el siguiente texto: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: / El derecho de propiedad en sus diversas especies. / La ley establecerá... las limitaciones y obligaciones que permitan **asegurar su función social** y hacerla accesible a todos. **La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes**”.

constituyente equivale a una delimitación³⁶⁵. El punto que ha resultado más crítico para la doctrina y la jurisprudencia chilena ha sido el de distinguir la delimitación o delimitación de este derecho de su privación, especialmente considerando que las primeras no serían indemnizadas y las segundas sí, criterio que estaba asentado desde antes de la CPR³⁶⁶.

La primera sentencia de la Corte Suprema chilena que abordó este tema bajo la CPR recayó sobre una acción indemnizatoria en contra del Fisco de Chile por la dictación del D.S. N° 29/1976, del M. de Agricultura, que declaró a la araucaria — árbol nativo especialmente importante para la etnia mapuche— monumento natural en aplicación de la *Convención Internacional para la protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas naturales de América*³⁶⁷. La demanda fue interpuesta por los copropietarios de un fundo ubicado en la zona de la Araucanía —llamado Galletué— que tenía 1.800 has cubiertas por araucarias en plena explotación forestal, la que debía terminar en virtud de la declaración de monumento natural que beneficiaba a esta especie, perdiéndose las expectativas derivadas de su explotación y, además, importantes inversiones previas que los copropietarios habían realizado para estos efectos. De allí que se persiguiese la reparación de los perjuicios experimentados. Con distintos fundamentos la acción fue acogida tanto en las instancias como en la sentencia de casación. En esta última (Rol N° 16.743, de 07.08.1984)³⁶⁸, la Corte Suprema estimó que la prohibición de explotar la araucaria no era una privación sino sólo una limitación del derecho de propiedad:

“...no tiene, desde luego, el alcance de una expropiación que el propio fallo recurrido le niega, puesto que no desconoce el derecho de propiedad a los dueños

³⁶⁵ “Puesto que el dominio no se encuentra constitucionalmente preconfigurado, sino solamente protegido en su contenido esencial que es indisponible para el legislador, resulta que la actividad regulatoria de la ley, que no lesiona este núcleo, más que limitadora de una entidad (que no existe como tal en un momento constitucional previo), es delimitadora del dominio. En este sentido, la expresión “límites” en la dogmática constitucional de la propiedad no alude a la restricción de un contenido constitucionalmente predefinido que el legislador viene a constreñir, sino que simplemente al resultado de la actividad legislativa que define el régimen dominical: en ese sentido, regulación, delimitación y limitación del dominio se tornan equivalentes” (ALDUNATE L., 2006:292-3).

³⁶⁶ Al discutirse la reforma constitucional de 1967 —que, como vimos, introdujo expresamente la noción de función social— Pedro J. Rodríguez, Ministro de Justicia de ese entonces, dijo que “...las limitaciones del derecho de propiedad...no son expropiaciones. Prueba de ello es que nunca se ha reconocido, ni la Constitución lo ha establecido, que den origen o motivo a indemnización...”. La intervención fue en la sesión N° 42, de 27.04.1966, de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara (EVANS DE LA CUADRA, 1967:254).

³⁶⁷ Firmada el 12.10.1940 en Washington, ratificada por el Congreso chileno en 1967 y promulgada por D.S. N° 531/1967, del M. de RR.EE. (D.O. 04.10.1967).

³⁶⁸ RDJ T. 81 (1984) 2.5:181-189.

de esa especie arbórea; ni tampoco se traduce en una privación absoluta de alguno de los atributos esenciales del dominio, entre los que se encuentran la facultad de gozar y de disponer libremente del objeto de la propiedad; la prohibición de cortar, explotar y comerciar la araucaria no impide toda forma de goce ni tampoco toda suerte de disposición ya que no obstaculiza, por ejemplo, la venta de los bosques juntamente con el terreno, y por ende, se trata tan sólo de una limitación del dominio que, en este caso, se basa en una autorización de la ley, acorde con el inciso 2° del número 24 del artículo 19 de la Constitución. Pero, este precepto constitucional relativo a las limitaciones del dominio nada estatuye respecto de la procedencia de indemnización y como no la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no la vulnera” (considerando 4°).

Sin embargo, la sentencia estima injusto que los efectos de la prohibición, que califica de “loable y oportuna”, sean soportados por un grupo de particulares (cons. 11°) y acoge la acción indemnizatoria no en base a la protección del derecho de propiedad (art. 19 N° 4 CPR) sino que fundándose en los principios de equidad y justicia:

“...la procedencia de la acción de cobro de perjuicios tiene como sustento en este caso a la equidad y la justicia atendido los hechos los hechos que asienta el fallo impugnado, en el supuesto de que no haya ley que resuelva el conflicto suscitado. Pero desde ya se puede adelantar que existen numerosas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando se desconozca por las autoridades o la administración o, incluso, por el mismo legislador, las garantías constitucionales y los derechos fundamentales que ella asegura, entre los que se encuentra el derecho de propiedad en sus diversas especies...” (considerando 9°).

Entre estas “numerosas disposiciones constitucionales” cita el art. 19 N° 24, inc. 3° (indemnización por expropiación), el art. 19 N° 7 e) (indemnización por error judicial) y el art. 41 N° 8 (indemnización por limitaciones al derecho de propiedad que priven de atributos o facultades del dominio en Estados de excepción, suprimido en esta parte por la Ley de reforma constitucional N° 20.050, de 2005). Con todo, se trató de un fallo dividido (3 votos a favor y 2 en contra). La disidencia se fundó, en síntesis, en estimar que al no haber una expropiación sino una limitación no procedía indemnización alguna, criterio que ha seguido en alguna ocasión la jurisdicción ordinaria³⁶⁹ y que la última sentencia de la Corte Suprema

³⁶⁹ Nos referimos a la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en el recurso de protección “García Sabugal contra Ministro de Agricultura”, de 10.07.1990 (*Fallos del Mes* N°380, sent. 7, p. 353 y ss.). El recurrente era dueño de varios predios madereros con gran concentración de araucarias, adquiridos con fines de explotación previamente aprobados por la autoridad competente. Sin embargo, el D.S. N° 43/1990, del M. de Agricultura, amplió la prohibición de explotar araucarias a todas las especies vivas existentes en Chile

sobre esta materia parece compartir, si bien sin efectos prácticos en el caso concreto a que se refería³⁷⁰.

El Tribunal Constitucional chileno ha seguido un criterio parecido al del caso Galletué en la STCCh Rol N°207/1995, que acogió un requerimiento de inconstitucionalidad en contra de un proyecto de ley que derogaba un sistema especial de capitalización de dividendos declarando que vulneraba el derecho de propiedad de los accionistas facultados para emplearlo³⁷¹. Tal como en el caso

(salvo ciertos fines especialísimos, como los científicos), terminando con su explotación forestal. El recurrente estimaba que ello era una verdadera confiscación, pues perdía “la facultad de gozar de la cosa y disponer de los frutos”, lo que también cercenaba “la comerciabilidad de todo el bien, pues declarada la Araucaria Monumento Natural, carezco de la posibilidad, ya no tan sólo de explotar y comercializar dicha especie vegetal, sino que también el inmueble al cual adhieren, ya que éste ha perdido su valor comercial”. Por ello, y fundado en el 19 N° 24, inc. 3°, CPR, solicitaba que se anulara el D.S. impugnado. La Corte, además de establecer reparos formales en la interposición del recurso, estimó que, como en Galletué, sólo existía una limitación y no una privación. Pero, a diferencia de ese fallo, estimó que la limitación no era absoluta: “En efecto pese a esa limitación, no puede sostenerse que ella se traduzca en una verdadera expropiación, o más bien, confiscación como afirma el actor, ya que al circunscribirse los efectos del Decreto N° 43, a la prohibición de explotar, cortar y comerciar una determinada especie arbórea, no se ha desconocido el derecho de propiedad del dueño de esa especie vegetal, ni aquel acto importa privar, de un modo absoluto, las facultades de gozar y disponer libremente el objeto de la propiedad. Es así como los inmuebles o predios del recurrente son susceptibles —como así lo expresa en su informe el Ministro recurrido—, de variadas explotaciones, que van desde el manejo silvo-pastoril, la caza y el aprovechamiento turístico hasta su venta parcial o total, sin perjuicio que en todos ellos se ha establecido la existencia de otros recursos forestales, respecto de los cuales no se ha dispuesto ninguna medida que los afecte” (cons. 11°). Por ello se rechaza la acción cautelar.

³⁷⁰ Se trata de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 381-2004, de 30.12.2004, dictada en el recurso de casación en el fondo interpuesto en el llamado “caso Lolco”, relativo al Fundo del mismo nombre donde se reproduce el problema de Galletué, pues 3.300 has de aquél tienen bosques de araucarias. La Corte de Apelaciones otorgó una indemnización siguiendo el precedente de Galletué, pero menor a la que esperaba la demandante, por lo que ésta interpuso un recurso de casación en el fondo. El Fisco, sin embargo, por problemas de gestión (que incluso originaron una investigación disciplinaria) no alcanzó a interponer el suyo. La sentencia rechaza la casación señalando que se había otorgado “una millonaria y **más que discutible** indemnización” (consid. 46°, negritas nuestras) que, “en estricto rigor... **no podía prosperar**” (consid. 48°, negritas nuestras), subrayando que el predio y las especies arbóreas permanecían en propiedad del recurrente y declarando que pese a tan tajantes afirmaciones la Corte no estaba en condiciones jurídicas de variar lo resuelto en sede de apelación al no haber recurrido el Fisco (consid. 45°). Véase QUINTANILLA P., 2004.

³⁷¹ El proyecto que el TC declaró inconstitucional derogaba el inciso cuarto del art. 10 de la Ley N° 18.401, de 1985. Dicho precepto era parte de un conjunto de medidas adoptadas para superar la fuerte recesión que Chile experimentó a partir de 1982 —en plena dictadura militar— y, en particular, para fomentar la compra de acciones emitidas por un conjunto de Bancos que el Estado intervino en ese periodo para evitar su quiebra, de manera de volver a capitalizarlos. Uno de los incentivos consistía en la facultad de

Galletué aquí se confunden, en un mismo plano, delimitación y privación del derecho como padrón para juzgar la constitucionalidad de una norma, lo que volvería a ocurrir en la STCCh Rol N° 245-246/1996, relativa a un requerimiento de un grupo de parlamentarios en contra del Reglamento que pretendía implementar el art. 13 del Decreto Ley N° 1.939/1977, sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado³⁷². En este caso se trataba de reglamentar el procedimiento para fijar en los terrenos privados colindantes a las playas vías de acceso para fines turísticos y de pesca, cuando no existieran otras vías o caminos públicos al efecto, sin contemplar ninguna compensación para los dueños de los terrenos. Al respecto se indica que:

“39° ...si la Constitución establece que en ciertos estados de excepción las limitaciones al dominio dan derecho a indemnización [se refiere al art. 41 N°8, antes de la modificación de la Ley N° 20.050, de 2005], con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un período de normalidad constitucional y que causen daño... constatado el daño, de acuerdo al artículo 38 de la Constitución Política, la víctima siempre podrá demandar los perjuicios a la Administración. / 40°. Que, como se ha visto de los considerandos anteriores de esta sentencia la limitación al dominio que impone el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, si bien no priva totalmente de los atributos de uso y goce de la propiedad, en el hecho hace ilusorio estos atributos, de lo que resulta en la realidad una privación de ellos que causa un daño que debe indemnizarse por la autoridad; / 41°. Que, además, sobre el particular cabe destacar que el espíritu general de la legislación dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1980 ha sido el pago de indemnizaciones ya sea por el Estado o por los particulares si se establecen servidumbres o limitaciones que afectan el uso o goce de la propiedad. De tal manera que si se causan daños éstos deben pagarse... 42°. Que, interpretando las normas constitucionales en un sentido armónico y de acuerdo a los principios generales y a los valores que inspiran el texto, este Tribunal estima que el D.S. N° 1, de 1996, al establecer la posibilidad que se imponga a los

capitalizar los dividendos de dichas acciones de modo más simple y ventajoso que conforme a las reglas generales (especialmente porque se adquirirían acciones a valor libro y no de mercado), cuestión que una década más tarde se revelaba como un mecanismo que perjudicaba al Estado en cuanto reducía las utilidades de los bancos y dilataba, así el pago de los créditos que durante la crisis les había hecho el Banco Central para impedir su quiebra. Para la mayoría del TC (formada por cuatro magistrados, en tanto otros dos disintieron) esta facultad constituía “un bien incorporal cuya propiedad se encuentra asegurada por la Constitución” (consid. 54°), en otras palabras, un derecho adquirido, de modo que su derogación importaba una privación del derecho (consid. 62°), inconstitucional por no cumplir los requisitos del mecanismo expropiatorio establecidos en el art. 19 N°24, inc. 3°, CPR y que no podría calificarse de limitación (consid. 58°), pues no derivaría de la función social del dominio. A este respecto véanse los artículos publicados en la *Revista Chilena de Derecho* Vol. 22, 1995, pp. 555 a 621.

propietarios de los terrenos colindantes con playas, una vía de acceso a dichos bienes nacionales de uso público en forma gratuita, sin pago de indemnización, atenta contra claras disposiciones constitucionales y causa daño por lo que debe acogerse el requerimiento planteado”.

Cabe señalar que en estos casos el TCCh desarrolla un control abstracto de la norma y, no obstante, da por sentado que la norma analizada causaría un daño, cuestión que la doctrina ha criticado (CORDERO Q., 2006:141 y 145-6). La línea jurisprudencial comentada ha reflatado en la Corte Suprema a propósito de la protección de los inmuebles patrimoniales o bienes culturales, a instancias del dueño de un inmueble declarado monumento histórico conforme a las disposiciones de la Ley N° 17.288, de 1970, sobre monumentos nacionales³⁷³. Entre otras cosas esta calidad supone que “todo trabajo de conservación, reparación o restauración” del edificio queda sujeto a la autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales, al igual que la remoción de cualquier objeto que formase parte de él o le perteneciera (art. 11). El art. 12 añade que:

“Si el Monumento Histórico fuere un inmueble de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas”.

En el caso que comentamos el propietario —un promotor inmobiliario— dedujo una demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile por privación de las facultades de uso y goce del inmueble. Luego, en el mismo proceso interpuso un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 11 y 12 mencionados ante la Corte Suprema³⁷⁴, cuyo propósito era impedir que esas normas legales pudiesen ser aplicadas en el juicio indemnizatorio. En sentencia Rol N° 4309-2002, de 18.06.2004, la mayoría de la Corte estimó³⁷⁵ que la declaración de monumento histórico de un inmueble y sus

³⁷³ D.O. 04.02.1970. Se trata de una antigua mansión neoclásica del S. XIX emplazada en el centro de Santiago de Chile y conocida como “Palacio Pereira” por haber encargado su construcción Luis Pereira Cotapos (1872).

³⁷⁴ Hasta 2005 el llamado recurso de inaplicabilidad era conocido por el pleno de la Corte Suprema. La reforma constitucional de 2005 trasladó esta competencia al Tribunal Constitucional, procurando concentrar en este último órgano el control de constitucionalidad.

³⁷⁵ Cuatro Ministros disintieron de la mayoría estimando que se estaba en presencia de limitaciones fundadas en la función social de la propiedad no indemnizables, no pudiendo sostenerse “que se produzca la contradicción pretendida por el recurrente, entre el citado artículo 19 N° 24 y las normas legales que cuestiona en su libelo, como quiera que... el precepto constitucional se remite a la ley no sólo para el establecimiento

efectos podían comprenderse «...en la causal de limitación del dominio establecida en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución denominada “interés general de la nación”, pero los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 vulneran la garantía del artículo 19 N° 24 de la Constitución, al privar al dueño del inmueble de los atributos que le son propios» (cons. 8°), pues:

«...restringen seriamente las facultades del dueño del inmueble en cuanto al uso, goce y disposición del inmueble declarado “Monumento Histórico” desde el momento que su propietario no sólo está obligado a conservar y reparar el inmueble, sino que, además, queda absolutamente limitado su destino y se le impide además su destrucción. / Igualmente, la norma del artículo 12 precitado entrega al Consejo de Monumentos Nacionales la facultad para determinar las normas a que debe sujetarse cualquier obra, ya sea de conservación, reparación o transformación de todo inmueble monumental, lo que en realidad se traduce en una privación de los atributos de uso, goce y disposición;» (cons. 9°).

Para ALDUNATE L. estos casos evidencian que la jurisprudencia trata ambas instituciones (limitación y privación) como nociones conceptualmente continuas, sólo distinguibles por la gravedad de la lesión:

“...las limitaciones que la ley puede imponer a la propiedad en razón de su función social —y que no dan lugar a indemnización— se encuentran en un continuo conceptual con las privaciones de la propiedad, que deben ser indemnizadas por constituir una expropiación, sino del bien sobre el que recae la propiedad, al menos si de alguna de sus facultades o atributos esenciales... Siendo así, se hace imposible toda distinción entre limitaciones al dominio y privación de alguna de sus facultades o de sus atributos esenciales, por cuanto no habría criterio jurídico que permitiese hacer una distinción entre ambos conceptos; la línea divisoria quedaría entregada a la mera subjetividad judicial en la apreciación práctica de las consecuencias de una regulación legal” (ALDUNATE L., 2006:287-8).

Este autor postula considerar dos criterios abstractos para determinar la licitud de una regulación de la propiedad —esto es, independientemente de los efectos concretos que produzca la medida—: *i*) conservación de la esencia del dominio, esto es, reconocibilidad del uso, goce y disposición del bien, sin condicionar la extensión de cada una de estas facultades, y *ii*) fundamentación de la regulación en la función social, la protección del medio ambiente (en los términos del art. 19 N 8, inc. 2° CPR), la conciliación de un conflicto de intereses o una colisión de derechos y/o, por último, la armonización del derecho de propiedad con principios constitucionales. Cumplidos ambos criterios estaríamos en presencia de una limitación, vale decir, de una afectación del derecho de propiedad no indemnizable

de los modos de adquirir la propiedad sino que, también, para la regulación de su uso, goce y disposición”.

en tanto tal. Esto, sin embargo, no obsta a que la misma medida pudiera vulnerar la igualdad ante las cargas públicas, caso en que podría generarse una indemnización para reparar esa desigualdad sobre la base del art. 19 N° 20 de la CPR que garantiza “la igual repartición de las demás cargas públicas”. Añade ALDUNATE L. que sólo podría considerarse que una medida es expropiatoria si produce un beneficio al patrimonio público. En caso contrario no se justificaría pagar una indemnización (*Ibid.*:298-301).

Esta tesis despeja buena parte de los problemas que plantea la distinción entre limitación y privación sin sacrificar las garantías de quienes fuesen afectados por una medida desigual. Precisamente las últimas sentencias del TCCh han seguido un razonamiento de esta naturaleza a propósito de nuevas impugnaciones contra el art. 13 del Decreto Ley N° 1.939/1977 —que faculta a la autoridad para fijar vías de acceso público a las playas en predios privados colindantes a éstas— que le han llevado a revisar la doctrina de la STCCh Rol N° 245-246/1996. Así ha ocurrido en las SsTCCh de inaplicabilidad roles N° 1.141/2008 y 1.215/2008, de 17.03.2009 y 30.04.2009, respectivamente. En ellas, el Tribunal ha analizado por separado la posible afectación del contenido esencial del derecho de propiedad y la de la igualdad ante las cargas públicas derivada de la imposición gratuita del gravamen³⁷⁶. En cuanto a lo primero el TCCh ha estimado que dado que en este caso no se pierde la nuda propiedad del bien —pues se conserva la facultad de disposición, aun de la parte del terreno afectada como vía de acceso— se trata de una limitación³⁷⁷ que, además, respeta el principio de proporcionalidad³⁷⁸ y deriva

³⁷⁶ “...la reclamación de constitucionalidad de la requirente presenta dos aristas: la primera consiste en señalar que el precepto legal, en cuanto la priva de propiedad, es del todo contrario a la Carta Fundamental. La segunda alegación consiste en que lo que resultaría contrario a la Carta Fundamental sería la imposición gratuita del gravamen. La primera cuestión pone en duda la facultad de la ley de imponer el acceso de público y afecta a todo el precepto impugnado; mientras la segunda cuestiona si lo puede hacer gratuitamente y afecta especialmente aquella parte del precepto impugnado que dispone la gratuidad. Para una mejor inteligencia de lo que habrá de decidirse, el análisis de estas cuestiones se hará en apartados separados” (SsTCCh Rol N° 1.141/2008, consid. 10°, y Rol N° 1.215/2008, consid. 5°).

³⁷⁷ Lo que también ha aceptado la Corte Suprema en sus sentencias Rol 3.748/1996 y 1.759/2003, citadas en la prevención del Ministro Navarro B. a la STCCh Rol N° 1.215/2008.

³⁷⁸ Así se desprende, con algunas imprecisiones, de los considerandos 24° a 27° y 25° a 28 de las SsTCCh Roles N° 1.141/2008 y N° 1.215/2008, respectivamente, que entre otras cosas señalan que: “...el precepto legal cuya constitucionalidad ha sido atacada para el caso concreto, al imponer a los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos la obligación de facilitar el acceso público a ellos y al otorgar a los Intendentes Regionales la potestad de imponerlo así y precisar las vías de acceso, ha empleado un medio necesario, o al menos adecuado, para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo, como es el efectivo disfrute público de bienes que pertenecen a la nación toda...

de la función social de la propiedad, particularmente de la utilidad pública y el interés general de la Nación³⁷⁹. Respecto a la gratuidad rechaza pronunciarse, argumentando que no era el tema de constitucionalidad que debía resolver, lo que da pie a que posteriormente puedan intentarse las demandas respectivas³⁸⁰.

Si trasladamos las reflexiones anteriores al urbanismo chileno el primer punto que debe aclararse es la factibilidad jurídica de la delimitación del derecho de propiedad en terrenos urbanos a través de normas de rango reglamentario que no emanen del Presidente de la República —salvo excepciones, como ciertos planes seccionales³⁸¹—, la autoridad constitucionalmente legitimada para reglamentar la Ley, sino que de Municipalidades o Gobiernos Regionales, que son los entes públicos legalmente facultados para aprobar los planes urbanísticos (arts. arts. 20 f), 24 p) y 36 c) de la LOCGAR y arts. 56, inc. 2º, 65 b), 82, 94 y 99 de la LOCMun).

Que también debe concluirse que el medio empleado por el legislador, que afecta la propiedad del requirente, es proporcionado, pues no impone a éste sino la obligación de permitir el acceso, indispensable -como ya se vio- para el goce público del respectivo bien nacional. La proporcionalidad del medio empleado aparece de manifiesto en cuanto la disposición establece la obligación en el solo caso de que no existan otras vías públicas de acceso, para los solos fines turísticos y de pesca, y por cuanto el inciso segundo exige al Intendente Regional fijar con prudencia las correspondientes vías de acceso, con audiencia del propietario, arrendatarios o tenedores respectivos y evitando causar daños innecesarios a los afectados. El control de cada una de estas condiciones y limitaciones no queda entregado a la sola determinación de la autoridad regional, desde que ésta puede ser reclamada ante los Tribunales Ordinarios de Justicia. En el caso sub lite, el cumplimiento de esas condiciones y la licitud de la determinación administrativa misma se encuentran precisamente sometidos al control y revisión del juez”.

³⁷⁹ “Que lo razonado en los considerandos anteriores no descarta que la limitación en análisis pueda ser justificada en algún otro de los conceptos que, conforme a la Constitución, además de la utilidad pública y del interés general de la Nación, comprende la noción de función social de la propiedad. Basta que la limitación en comento pueda entenderse justificada en uno cualquiera de los conceptos que comprende la función social de la propiedad para que la misma deba considerarse legitimada, lo que hace ocioso examinar si, además, pudiera entenderse o no legitimada en razón, por ejemplo, de la salubridad pública” STCCh Rol N° 1.215/2008, consid. 29º.

³⁸⁰ Advierte el TCCh: “Que al resolver de este modo el Tribunal no está decidiendo respecto de un eventual reclamo del requirente a ser indemnizado en virtud del menor precio que pueda cobrar al ejercer su facultad de disposición respecto del bien del que es nudo propietario, producido a raíz de una actividad lícita del Estado que no es expropiatoria ni lo priva, como ya se ha razonado, del bien sobre el que recae su dominio ni de las facultades esenciales de la nuda propiedad. Ello no es lo que el Tribunal está llamado a resolver, sino sólo si el precepto legal, en caso de ser aplicado al requirente, infringe lo dispuesto en la Constitución, lo que no ocurre en la especie” (STCCh Rol N° 1.141/2008, consid. 41º; en sentido semejante STCCh Rol N° 1.215/2008, consid. 45º).

³⁸¹ Nos referimos a los planes elaborados para declarar una “zona de remodelación”, conforme al procedimiento específico del art. 2.1.39 OGUC. Puede verse un panorama del sistema de planificación urbanística chilena en FIGUEROA V. y FIGUEROA V., 2006:87-126, FERNÁNDEZ R. y HOLMES S., 2008:91-139 y RAJEVIC M., 2001.

El problema, sin embargo, se ha planteado sólo tangencialmente a nivel doctrinal, lo que sugiere un cierto consenso en la necesidad de contar con una planificación urbanística que concrete, por vía administrativa, el contenido de los planes en cada zona geográfica, y en la imposibilidad práctica de efectuar esta operación por vía legislativa sin una merma sustancial en términos de eficiencia y eficacia³⁸². Incluso en algunos debates de la Comisión Ortúzar se mencionan expresamente los planes reguladores sin hacer ningún juicio crítico sobre su carácter infralegal (CENC N° 159:21). En esta línea se ha afirmado que estos planes:

“...sólo debieran *singularizar el territorio* sobre el que se aplicará la normativa y seleccionar entre los *instrumentos limitativos legales* aquéllos que le permitan poder planificar adecuadamente, aplicándolos razonablemente. No podrán, obviamente, crear nuevos requisitos o regulaciones, sino sólo especificar y hacer operativas las ya existentes” (RAJEVIC M., 1998:70).

La práctica administrativa y la jurisprudencia, por su lado, no han tenido dudas en aplicar este sistema de planificación urbana (v. gr. COBO G., 1993:14-28, PANTOJA B., 1994:190-217 y FIGUEROA V. y FIGUEROA V., 2006:109-118) y el único conflicto en que el tema se planteó ante el Tribunal Constitucional terminó con la declaración de inconstitucionalidad del instrumentos de planificación —el Plan Regulador Intercomunal de La Serena y Coquimbo—, pero no por ser una delimitación reglamentaria de la propiedad, sino por haberlo dictado un Ministro en virtud de una delegación de facultades que la STCCh Rol N° 153/1992 estimó —con razón— contraria a la Carta Fundamental³⁸³.

³⁸² “Se podría imaginar lo que se tardaría en que por ley se aprobaran todos los planos reguladores comunales y aun los seccionales que regulan el uso del suelo (limitación al derecho de propiedad y a actividades económicas lícitas) cuando siendo aprobados los primeros por decreto supremo, aún se estima que hay escasa eficacia y eficiencia” (REYES R., 1993:89).

³⁸³ En este caso un grupo de parlamentarios requirió al TC que declarase inconstitucional el D.S. N° 66/1992, V. y U., que aprobó el Plan Regulador Intercomunal La Serena-Coquimbo dado que hasta la publicación y vigencia de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional (D.O. 11.11.1992) estos instrumentos eran aprobados por Decreto Supremo del Gobierno Central (a partir de dicha Ley son aprobados por Resolución del Intendente Regional). La sentencia establece que la naturaleza jurídica del D.S. que contenía el Plan era reglamentaria, “...pues reúne todas las características de este tipo de normas, a saber: emana del órgano ejecutivo, es de general aplicación, es obligatorio, de carácter permanente y no se agota con su cumplimiento” (consid. 9°), lo que se ve corroborado por el art. 35 b) de la LGUC (al disponer que los planes intercomunales contienen una “ordenanza con las disposiciones reglamentarias”, pues el fallo hace equivaler ordenanza con reglamento). Establecido esto señala luego que “de la sola lectura del art. 35 de la Constitución Política es dable concluir que los Reglamentos han sido excluidos de la posibilidad de la delegación de firma y necesariamente deben ser suscritos por el Presidente de la República y, además, por el Ministro respectivo” (consid. 16°). En efecto, el artículo 35 de la Carta Fundamental

Superado lo anterior ¿puede sostenerse en Chile la “concepción estatutaria” de la propiedad urbana existente en el modelo español?

En este punto tampoco hay demasiada doctrina. GONZÁLEZ-BERENGUER U. comentaba el XV Congreso Interamericano de Municipios, dedicado al urbanismo y celebrado precisamente en Santiago de Chile en 1975, lamentando que “...los profesores hispanoamericanos no aceptaban... que el contenido del derecho de propiedad viene determinado por el plan y que esta determinación, por drástica que resulte, si observa la perecuación total beneficios-cargas y no es irrazonable, no comporta derecho a indemnización” (GONZÁLEZ-BERENGUER U., 1986:415-416).

Si analizamos el Derecho positivo chileno lo primero que cabe decir es que el art. 57 de la LGUC dispone en forma rotunda que *“El uso del suelo urbano en las áreas urbanas se regirá por lo dispuesto en los Planes Reguladores, y las construcciones que se levanten en los terrenos serán concordantes con dicho propósito”*. Esta declaración pone de manifiesto que el plan regulador es quien detalla los usos que puede tener un terreno urbano, tal cual sostiene la tesis estatutaria. Por ello se ha afirmado que:

“...el plan llena los silencios de la ley; teje, no en la trama de la ley sino en la de la ciudad, un diseño del cuál aquella constituye un marco, unas limitaciones, unas orientaciones muy generales y amplias, que el legislador entrega para ser pesadas, medidas y determinadas en una instancia cuyo carácter prevalente no será jurídico sino técnico, la del urbanista” (FIGUEROA V. y FIGUEROA V., 2006:87-126)

En sentido parecido se ha dicho que la imposición de cargas urbanísticas “...fija el contenido real de este derecho. Tanto la regulación propietaria establecida en el Código Civil como las regulaciones urbanísticas, de aguas, mineras, etc., irán determinando el contenido del derecho de propiedad... No resulta por ende indemnizable la imposición de cargas urbanísticas, pues no puede dañar el derecho de propiedad una normativa que precisamente lo explicita” (LETÉLIER W., 2001). Examinando este punto PUCHEU M. también opta, implícitamente, por la tesis estatutaria:

“...no existiría derecho a edificar si el plan regulador no lo concediera, de tal suerte que sin éste ni siquiera se posee esa aptitud inicial para edificar; es la ordenación territorial expresada en los planes reguladores la que hace nacer otros derechos más allá de los ligados al mero rendimiento natural de los predios. Se explica así que el art. 55 de la LGUC prohíba, fuera de los límites urbanos establecidos en los planes reguladores, levantar construcciones, salvo aquellas que fueren necesarias para la

señala que “Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito” y agrega que “Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley”.

explotación agrícola del inmueble, o para la vivienda del propietario del mismo y sus trabajadores” (PUCHEU M., 1999).

Este autor añade un matiz en base al art. 60 de la LGUC, que establece los casos en que los planes reguladores pueden señalar zonas no edificables³⁸⁴ pues, a su juicio, “...de alguna forma, garantiza a la ciudadanía el respeto a un *ius aedificandi* mínimo esencial...”, pues tal declaratoria está condicionada a que “la especial naturaleza y ubicación” del inmueble lo requieran: «...así, la edificabilidad o no edificabilidad de un terreno no depende de los autores del plan sino de las aptitudes naturales del mismo. Sólo en forma excepcional (la ley utiliza la expresión “especial”) y por causas determinadas (naturaleza y ubicación) puede llegar a eliminarse esta facultad» (*Ibíd.*). Sin embargo, este límite sólo jugaría dentro del suelo urbano atendido el capítulo de la Ley en que se ubica.

En la misma línea de identificar algún contenido urbanístico mínimo hemos planteado que:

“...nuestro ordenamiento reconoce a los dueños de bienes raíces urbanos que la esencia de su derecho de propiedad incluye la facultad de edificar (ius aedificandi) conforme las naturales aptitudes urbanas de su terreno, pudiendo aquella ser limitada por la autoridad siempre que con ello no la menoscabe sustancialmente. No obsta a esta conclusión a que puedan presentarse situaciones en que la decisión sea errada o arbitraria, caso en que los particulares están plenamente legitimados para recurrir a la justicia conforme lo hemos planteado. Por ello insistíamos en la importancia de que el legislador proporcione criterios materiales que permitan contrastar este tipo de determinaciones. Si se rechaza el control judicial de la planificación, equivaldría a estar en la primera hipótesis planteada y deberíamos admitir que nuestro ordenamiento urbano es inconstitucional” (RAJEVIC M., 1998:105, cursivas en el original).

Esta última opinión, unida a la precedente, proporciona un criterio reglado para controlar la discrecionalidad en una faceta específica del ordenamiento urbano, pero en modo alguno puede llevar a pensar que sea factible un control más amplio. En consecuencia, parece forzoso concluir que, tal como en España, en Chile debe afirmarse el carácter estatutario de la propiedad urbana sin que existan derechos preexistentes que invocar de cara al plan que, a su turno, es esencialmente

³⁸⁴ “Artículo 60.- El Plan Regulador señalará los terrenos que por su especial naturaleza y ubicación no sean edificables. Estos terrenos no podrán subdividirse y sólo se aceptará en ellos la ubicación de actividades transitorias, manteniéndose las características rústicas del predio. Entre ellos se incluirán, cuando corresponda, las áreas de restricción de los aeropuertos. / Igualmente, el Plan Regulador señalará los inmuebles o zonas de conservación histórica, en cuyo caso los edificios existentes no podrán ser demolidos o refaccionados sin previa autorización de la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo correspondiente”.

modificable. La única discusión posible tiene que ver con la eventual adquisición de permisos antes del cambio que permitan ejecutar las normas del plan anterior, pero nada más. Y es que el ordenamiento chileno admite una especie de permiso denominado “anteproyecto” que se aprueba con la pura presentación de los aspectos esenciales del proyecto y mantiene vigentes todas las condiciones normativas, para los efectos de la obtención del permiso correspondiente, durante un plazo que oscila entre 180 días y un año (art. 116, inc. 8º, LGUC y art. 1.4.11 OGUC), al modo de los “certificados de aprovechamiento urbanístico” del TRLUCataluña³⁸⁵. Por otro lado, los permisos otorgados caducan a los tres años de concedidos *“si no se hubieren iniciado las obras correspondientes o si éstas hubieren permanecido paralizadas durante el mismo lapso”* (art. 1.4.17. OGUC). Estas garantías hacen que el tema del cambio normativo pierda buena parte de su dramatismo.

Dentro de las sentencias de los tribunales ordinarios relativas a este tema destaca la de la Corte de Apelaciones Santiago Rol Nº 11.144-2002, de 22.12.2005, en apelación de la indemnización fijada en un juicio expropiatorio. En ella se reconoce la concepción estatutaria de la propiedad urbana y el criterio del respeto de la igualdad en la imposición de cargas como correlato de la no indemnizabilidad de las medidas adoptadas por el plan urbanístico:

“Si la existencia de una externalidad creada por el Estado o por la naturaleza produce efectos en la calidad del dominio, estos deben ser regulados en armonía con las garantías constitucionales. De esta manera, cuando el Estado por consideraciones ambientales o de planificación urbana regula la destinación o el uso del suelo ello no significa una lesión susceptible de ser indemnizada, salvo que esa regulación haya sido establecida instituyendo una carga pública en mérito de una situación particular e individual. En el mismo sentido, cuando el Estado mejora las condiciones de circulación y habitabilidad no puede ello significar tal mejoramiento un beneficio exclusivo para un determinado particular. Es decir, una

³⁸⁵ Los “certificados de aprovechamiento urbanístico” tienen una vigencia de seis meses si la finca es edificable. Durante este plazo “...es preceptivo otorgar las licencias de edificación que sean solicitadas en la forma establecida en la legislación de régimen local dentro de este plazo de vigencia y que carezcan de defectos inenmendables, siempre que el proyecto se ajuste a las normas vigentes en el momento de la solicitud del certificado, de acuerdo con el contenido de éste. En dicho supuesto, la solicitud de la licencia no se ve afectada por la suspensión potestativa de licencias” (art. 99.2 TRLUCataluña). Este sistema ha sido criticado por T.R. FERNÁNDEZ por cuanto “...castiga el eventual error de la Administración al expedir un certificado con la consagración de una ilegalidad (la edificación de una construcción contraria al planeamiento) que daña a la comunidad entera. La aplicación de igual solución en los casos de modificación del planeamiento privará a este de toda su eficacia, ya que en las vísperas de la aprobación, de la modificación o de la suspensión de licencias ... todo dueño de terrenos podrá asegurarse frente al cambio proyectado solicitando el correspondiente certificado, lo cual terminará haciendo inútil el cambio mismo” (FERNÁNDEZ R., 2000:100-101).

regulación legal o el ejercicio de las potestades que son propias a la Administración, deben establecerse sobre condiciones de igualdad” (consid. 8º).

Cabe señalar que en ese caso el demandante invocó en vez de la garantía del contenido esencial de la propiedad la doctrina de la “expropiación indirecta” o “expropiación regulatoria” (“regulatory takings”), surgida en la jurisprudencia estadounidense y que sostiene que deben ser indemnizados los propietarios afectados por una “regulación que reduce o elimina sustancial o completamente el valor de la propiedad” (DELAVEREAU S., 2006:412)³⁸⁶. Como se ve en el considerando recién transcrito la sentencia resuelve reconduciéndose a los criterios fijados por las SsTCCh roles N° 1.141/2008 y 1.215/2008, por lo que cabe augurar una estabilización de esta doctrina que sitúa las cosas sobre principios muy semejantes a los del ordenamiento español, sólo que sin el sofisticado régimen equidistributivo de este último en la ejecución del planeamiento.

2.3.3. Modelo económico y libertad de empresa en Chile: el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica.

De lo expuesto precedentemente se desprende que la CPR adopta claras definiciones estructurales en favor de una economía de mercado, favoreciendo la actuación económica de los privados y restringiendo la intervención pública en la economía. Estimamos que las manifestaciones centrales de ello son:

- i) La extensión del recurso de protección (art. 20 CPR, semejante al recurso de amparo constitucional de la CE) a la libertad de empresa (art. 19 N°21), la

³⁸⁶ Sobre la base de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (1791), que prohíbe ocupar o “tomar” la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización (“...nor shall private property be taken for public use without just compensation”), la doctrina y jurisprudencia de este país han distinguido las figuras de la regulación no indemnizable (“regulation”) y la expropiación que debe ser indemnizada (“taking”), como explica GARCÍA DE ENTERRÍA (2005:154-159). El origen de esta distinción se remonta a la sentencia *Pennsylvania Coal v/s Mahon* (260 U.S. 393, 1922), en que el juez Holmes declaró que la propiedad puede ser regulada hasta cierto punto; si la regulación iba muy lejos puede ser reconocida como un taking, esto es, una expropiación (“while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking”). Se trata de un criterio impreciso que no ha podido ser clarificado en las sentencias posteriores. De allí que se afirme que “La actual doctrina del Tribunal Supremo relativa a la regulación expropiatoria no provee de base alguna para determinar la existencia de una expropiación de esta clase, ya que ésta ha utilizado demasiadas definiciones de propiedad y excesiva cantidad de exámenes para determinar si nos encontramos en presencia de una regulación expropiatoria” (DELAVEREAU S., 2006:436). El mismo autor estima que pese al “caos” doctrinal los resultados de la Corte son, paradójicamente, “sorprendentemente predecibles”. A este respecto véase también FERNANDOIS V., 2005 y MONTT O., 2006.

- libertad de adquirir toda clase de bienes (art. 19 N°23) y el derecho de propiedad privada (art. 19 N°24);
- ii) La consagración del principio de subsidiariedad (arts. 1º, inc. 3º, y 19 N° 21, inc. 2º)³⁸⁷ como garantía para resguardar la iniciativa económica privada siguiendo la senda de las leyes fundamentales franquistas³⁸⁸, adoptado justo cuando era abandonado en España (y que no debe confundirse con la subsidiariedad del Derecho comunitario, que como es sabido constituye un criterio para la distribución territorial de competencias entre entidades públicas³⁸⁹), si bien esta formulación (cuya exposición usual puede verse en FERNANDOIS V., 2001:71-78) está siendo últimamente relativizada (p. ej., NIÑO P., 2006, RUIZ TAGLE V., 2007:323-340, y VALLEJO G. y PARDOW L., 2008);
- iii) La exigencia de legitimación legal con quórum reforzado (mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio) para que las entidades públicas desarrollen actividades empresariales (art. 19 N° 21, inc. 2º)³⁹⁰;

³⁸⁷ El art. 1º, inc. 3º, declara que “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”; el art. 19 N°21, inc. 2º, dispone que el Estado y sus organismos “podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”.

³⁸⁸ Este principio fue recogido por la doctrina social de la Iglesia Católica (puede verse en *Rerum Novarum*, de 15.05.1891, esp. su N°35, y *Quadragesimo Anno*, de 15.05.1931, esp. sus núms. 79 y 80) y acogido con entusiasmo por las “Leyes Fundamentales” de la dictadura franquista. Primero, en el punto XI.4 del *Fuero del Trabajo* (09.03.1938) que disponía que “En general, el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación”. Después, en los puntos VI y X de la *Ley de Principios del Movimiento Nacional* (17.05.1958). Esta última señalaba que “...La iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado”. Puede verse al respecto SERRA, 1979: 355-358.

³⁸⁹ En efecto, en Chile este principio opera en la distribución de competencias entre *el Estado y la sociedad civil* (los denominados “grupos intermedios”). En Europa, en cambio, procura garantizar que la adopción de las decisiones públicas se realice lo más cerca posible del ciudadano de manera que opera en la distribución de competencias *entre los sujetos de Derecho público*, a saber, entre la Unión Europea y los Estados miembros, e incluso dentro de éstos, entre las entidades con potestad normativa en que se desagreguen (art. I-11.3 del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, DOCE N°310, 16.12.2004). Puede verse a este respecto PAREJO, 1999.

³⁹⁰ El mismo inciso añade que esas actividades se someterán “a la legislación común aplicable a los particulares” salvo que por ley, también de quórum calificado, se establezcan excepciones “por motivos justificados”. Una ley publicada el último día del régimen de Pinochet —la Ley N°18.971 (D.O. 10.03.1990)— estableció una acción de carácter popular, conocida como recurso de amparo económico, que permite a cualquier persona “denunciar las infracciones al artículo 19, número 21, de la Constitución Política de la República de Chile” en un plazo de seis meses contados desde que se produjo la infracción (mucho más generoso que el plazo de quince días corridos exigido entonces para interponer el recurso de protección, y que desde 2007 es de treinta días).

- iv) El principio de libre adquisición privada de los bienes (art. 19 N°23) que limita el ámbito del dominio público a aquellos bienes que “la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda” según calificación legal (descontado el caso específico de las minas, art. 19 N°24, inc. 6°)³⁹¹ y
- v) La inexistencia de una cláusula que permita la reserva de actividades –no bienes- a favor del sector público (como ocurre con el art. 128.2 de la CE que admite reservarle “recursos o *servicios* esenciales”).

Aunque alguna doctrina sostenga que estas normas permiten “la implantación de modelos y políticas económicas muy diversas, desde las más socializantes hasta otras acentuadamente liberales” (FERMANDOIS V., 2001:30), parece evidente que ellas favorecen la opción del mercado y recelan de la acción pública, sometiéndola a múltiples condicionamientos. Así, la CPR “...ejemplifica un marco diseñado para estimular una economía de libre mercado: amplía los derechos y las libertades económicas privadas, restringe fuertemente tanto la actividad económica estatal como su poder regulatorio y refuerza el poder de los tribunales para hacer cumplir esos principios” (BAUER, 1998:25)³⁹². No puede en esto sino compartirse lo afirmado por FERRADA B.:

«1. La “constitución económica” chilena es una expresión normativa del sistema y modelo económico definido por los economistas liberales del régimen militar que se diseña teniendo como modelo un programa económico neoliberal impulsado por la Escuela de Chicago. En este sentido, el rol que se entrega al sector privado y al mercado dan cuenta de un enfoque institucional en el que el Estado carece de protagonismo, salvo para garantizar las libertades económicas reconocidas a los ciudadanos. / 2. La forma cómo se analiza y presenta esta “constitución económica” por la doctrina jurídica chilena refleja el carácter privado que tiene la actividad económica. En efecto, la propia conceptualización del “orden público económico” y su estudio reflejan un enfoque parcial e ideologizado de la materia, en el que la actividad regulatoria estatal se considera la mayoría de las veces como una intervención distorsionadora y poco atractiva» (FERRADA B., 2000:53).

El art. 19 N° 21 de la CPR es una de las normas centrales en esta materia, pues asegura a todas las personas “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad

³⁹¹ Se exige, además, ley de quórum calificado fundada en el interés nacional para limitar la adquisición privada de bienes (art. 19 N°23, inc. 2°). Sobre el particular puede verse VERGARA B., 2001.

³⁹² Puede verse un buen panorama del “orden público económico” consagrado en la CPR en FERMANDOIS V., 2001; GUERRERO R., 2001; y ARÓSTICA M., 2001. El título que tiene el cap. III de este último trabajo (*De espaldas al estatismo: el derecho de los particulares a desarrollar cualquier actividad económica*, p. 71-86) ilustra el espíritu que comentamos.

nacional, respetando las normas legales que la regulen”. Añade luego que “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

Se ha dicho que la inclusión de esta garantía en la CPR —que apenas aparece delineada en la Constitución de 1925³⁹³, tal como vimos que ocurría en el caso español antes de la CE— refleja:

“...un ascenso de esta garantía constitucional en la jerarquía del interés público. A contar de este instrumento, el constituyente resuelve que el ejercicio privado de la libre empresa resulta vital para el desarrollo del país y para la efectiva vigencia de muchos de los demás derechos individuales, y por eso sitúa esta garantía en el centro del orden público económico” (FERMANDOIS V., 2001:88).

También se ha dicho que esta garantía sería “uno de los pilares en que se asienta o reposa la Constitución Económica de 1980” (ARÓSTICA M., 2001:73) y que vendría a ser “una reiteración de los principios de la libertad personal y la libertad de trabajo, que se han querido enfatizar para evitar que, en el futuro, a título de cualquier circunstancia que no pudiese preverse en la ocasión, se pretendiere impedir, perturbar o limitar toda actividad económica que no fuere contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional” (GUERRERO R., 2001:318). El Informe de la Comisión Ortúzar va en la misma línea, pues en la breve explicación de este nuevo derecho alude a “...como la acción demagógica llevada a cabo durante largos años condujo a una estatización cada vez mayor del país, con las consiguientes consecuencias que afectaron a la economía nacional” (CENC, 1981[1978]:191). Como se ve, se trata de un talante muy diferente al que en esta materia exhibe la CE para la generalidad de la doctrina.

2.3.4. Propiedad y actividad urbanizadora.

Ya mencionamos en el capítulo 1 (apartado 3.2.5.b) la evolución que ha experimentado la legislación urbanística chilena y que se condensa en la LGUC, de 1976. Este texto legal liga actividad urbanizadora con propiedad del suelo con toda naturalidad. Su art. 65 establece que el proceso de transformación urbanística del

³⁹³ Ésta se limitaba a garantizar en su art. 10 N° 14 “La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social”, añadiendo en su inciso 3° que “Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una lei lo declare así” (sic).

suelo considera los procesos de subdivisión, loteo y urbanización, los que se sujetan “...a que *el propietario* de los mismos cumpla con los requisitos que se determinan en el Párrafo 4º, Capítulo II, del Título III de esta ley, y en su Ordenanza General”. Con esto último se refiere a las obligaciones del urbanizador establecidas en el art. 134 de la LGUC, donde se indica que “Para urbanizar un terreno, *el propietario del mismo* deberá ejecutar, a su costa, el pavimento de las calles y pasajes, las plantaciones y obras de ornato, las instalaciones sanitarias y energéticas, con sus obras de alimentación y desagües de aguas servidas y de aguas lluvias, y las obras de defensa y de servicio de terreno”. El art. 144 dispone que la recepción municipal de las obras (de urbanización y/o de edificación) debe ser solicitada por “*el propietario*” y el art. 55, al referirse a los usos urbanísticos posibles fuera del límite urbano alude a “las viviendas del *propietario* del mismo [del suelo] y sus trabajadores” (todas las cursivas son nuestras).

La Ordenanza General o OGUC, de 1992, reitera esta orientación. Así, su art. 1.2.2. dispone que “Los planos, especificaciones técnicas y demás documentos técnicos de los anteproyectos y proyectos deberán ser firmados por el o los profesionales competentes que los hubieren elaborado y por *el propietario*” (cursivas nuestras), y el art. 1.4.1. exige permiso de la Dirección de Obras Municipales para la “construcción de obras de urbanización o de edificación de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales”, el que se otorgará “a petición del *propietario*”.

Por otro lado, y como ya afirmamos (supra Capítulo 1, apartado 3.2.5.), en Chile la ejecución del planeamiento ha sido estructurada como una actividad privada, casi como admitiendo implícitamente que el *ius urbificandi* (o derecho a urbanizar, siguiendo un neologismo acuñado por GARCÍA BELLIDO, 1992:94)³⁹⁴ es una más de las facultades de los dueños de terrenos clasificados como urbanizables (e incluso podría discutirse tratándose de terrenos rurales, conforme el tenor del art. 55 LGUC). Esto, porque el ordenamiento chileno es tolerante con la retención especulativa de terrenos, de forma que la decisión de incorporarse al proceso urbanizador y/o edificatorio corresponde privativamente al propietario del suelo, quien no puede ser expropiado por su pura inactividad. Es cierto que la LGUC permite que los Planes Reguladores declaren “zonas de construcción obligatoria”, dentro de las cuales es obligatorio edificar los “sitios eriazos o inmuebles declarados ruinosos o insalubres” en el plazo que se señale en el decreto aprobatorio correspondiente y cuya infracción se sanciona con un recargo en el impuesto territorial de hasta 200% (arts. 76 y 74). Pero no hay memoria de casos en que esta facultad se haya utilizado y se trata de una medida singular, en tanto sólo rige

³⁹⁴ Este autor hablaba del “Derecho a urbanizar o, vertiéndolo al latín, *potestas* o *ius urbificandi* [del verbo neológico, que podían haber construido los latinos, *urbificare*, ‘hacer o convertir el *ager* en *urbs*’]”, *Ibid.*

respecto de zonas y determinados inmuebles, que no supone la necesidad de ejecutar íntegramente el techo de edificabilidad. En suma, se trata de un urbanismo sanitario o higienista que se decreta por el Gobierno Central y no por el Municipio (art. 77), como rémora del centralismo que reinó sin contrapeso en materia urbanística hasta la Ley Nº 19.175, sobre Gobierno y Administración Regional (D.O. 11.11.1992). También la LGUC contempla la aprobación de “zonas de remodelación” con estímulos y deber de edificar sujeto al mismo sistema (arts. 72 a 75 LGUC) por lo que valen las mismas críticas.

Si examinamos la práctica planificadora debe reportarse que en 1960 se aprobó el primer Plan Intercomunal de Santiago de Chile (conocido como PIS)³⁹⁵, que permitía el uso urbano en cerca de 38.600 has. En 1979 la Dictadura Militar emprendió un fracasado y sorprendente proceso de liberalización del suelo ampliando esta área a 99.935 has. La Política Nacional de Desarrollo Urbano de 1979 (MINVU, 1981 y LÓPEZ T., 1981³⁹⁶) parte declarando que:

“1. El suelo urbano no es un recurso escaso...2. El uso del suelo queda definido por su mayor rentabilidad” (MINVU, 1979:11).

Más adelante se anuncia la aplicación de “un sistema de planificación flexible con el mínimo de intervención estatal apoyada en normas técnicas y procedimientos de tipo genérico” (MINVU, 1979:12), afirmándose que la pretendida escasez del suelo urbano era “provocada en la mayoría de los casos, por la ineficiencia y rigidez de las normas y procedimientos legales aplicados hasta la fecha para regular el crecimiento de las ciudades” (MINVU, 1979:20). Por el contrario, para “una operación adecuada del mercado del suelo, tanto urbano como rural, es conveniente que siempre exista la posibilidad fácil de incorporar nuevos stocks de tierras para los usos de mayor demanda” (MINVU, 1979:22), medida que permitiría la regulación de los precios por el equilibrio oferta/demanda. Así, su transacción se haría en forma abierta, “con la sola limitación que le imponen la zonificación, las normas técnicas y el interés público para determinadas funciones” (*Ibid.*). En igual sentido se pregonaba que existía suelo en cantidad suficiente para que las ciudades siguieran creciendo sin contraposición a otros usos de suelo (agrícola, minero, etc.). Por ello, se orientaría “la expansión urbana hacia aquellas direcciones en que la competencia, por usos contrapuestos, sea de menor significación”, restringiendo los usos según un “criterio general de preservación del bien común” (*Ibid.*).

³⁹⁵ Este Plan fue aprobado por D.S. Nº2.387 (M.O.P.), de 10 de noviembre de 1960 (D.O. 27.12.1960).

³⁹⁶ Este artículo tiene el valor de ser de la autoría del Jefe de la División de Desarrollo Urbano del MINVU de aquella época, de manera que vale como una suerte de “exposición de motivos” de la Política de 1979.

El verdadero límite urbano sería, en este contexto, determinado por el juego de la oferta y la demanda, con una abierta simpatía por el crecimiento de las ciudades en extensión puesto que la construcción en altura resultaría ilusoria por sus costos, especialmente para los sectores de más escasos recursos. Asimismo, fuera del perímetro urbano se podrían ejecutar proyectos urbanos sin cortapisa. La única desventaja sería que allí el Estado no se obligaría a invertir en redes (vialidad, equipamiento, servicios públicos, etc.) como si lo haría dentro del área urbana, al menos hasta que esos nuevos sectores alcanzaran la densidad de los sectores urbanos consolidados (MINVU, 1979:22). El uso del suelo urbano, por otra parte, se determinaría en consonancia con “las preferencias expresadas por la demanda, salvo para aquéllos usos exclusivos como industria molesta o nociva, comercio exclusivo y equipamiento público que, por su impacto de escala urbana, deben ser determinados por la autoridad competente”. La zonificación se mantendría por periodos que permitieran amortizar las inversiones efectuadas, indemnizando a los propietarios en caso contrario. Esta política fue modificada en 1985 por una que subordinaba la propiedad a la función social de la propiedad, pero los efectos nocivos de 1979 ya se habían desatado.

Restaurada la democracia este Plan fue sustituido por otro instrumento, elaborado y aprobado a través de la recién creada institucionalidad de los Gobiernos Regionales, que se publicó en noviembre de 1994⁽³⁹⁷⁾. Su idea matriz era canalizar un crecimiento urbano que densificara la ciudad, en vez de seguir extendiéndola. Para ello redujo el área urbana y/o urbanizable a unas 62.303 has. Sin embargo, cuatro años después (1997) se incluiría en este plan a la provincia de Chacabuco, ampliándose dicha área a 74.335 has³⁹⁸. En esta provincia se crearon las Zonas Urbanizables con Desarrollo Condicionado.

Como ya vimos, durante todo este periodo no existían herramientas que permitiesen exigirle a los propietarios urbanizar y edificar. Recién en 1995 se adoptó una medida general que daba cuenta de un deber en tal sentido: la Ley N° 19.388 (D.O. 30.05.1995) estableció una sobretasa del 100% del impuesto territorial para bienes raíces urbanos afectos al pago de contribuciones ubicados sitios no edificados ni destinados a ornato de uso público, con tal que su avalúo superase un determinado umbral. Dicha norma tuvo escasa aplicación y sólo en áreas efectivamente urbanizadas. Ante este estado de cosas un grupo de diputados (Caraball M., Hales D., Letelier M. y Montes C.) presentó una moción para “para mejorar la utilización de los suelos e incentivar la edificación en zonas urbanas” (Boletín 2762-14, con ingreso 31.07.2001) que incidía en materias tributarias, cuya iniciativa legislativa está

³⁹⁷ Resolución N°20, de 1994, del Gobierno Regional Metropolitano (D.O. 04.11.1994).

³⁹⁸ La modificación fue sancionada por la Resolución N°39, de 1997, del Gobierno Regional Metropolitano (D.O. del 12.12.1997).

reservada al Ejecutivo conforme el art. 64 CPR. El proyecto no registró ningún avance —de hecho, finalmente se archivó— pero sus promotores lograron que el Ejecutivo incorporase buena parte de su contenido en otro proyecto relativo a tributos municipales que originalmente no decía nada sobre estas materias (Boletín 2832-06, con ingreso 19.03.2002) y que terminó siendo la Ley N° 20.033 (D.O. 01.07.2005). Las disposiciones centrales de esta Ley que aquí interesan son dos:

- Una modificación del art. 8° de la N° 17.235, sobre Impuesto Territorial³⁹⁹, que endureció la sobretasa de 1995 señalando que “Los bienes raíces no agrícolas afectos a impuesto territorial, ubicados en áreas urbanas, con o sin urbanización, y que correspondan a sitios no edificadas, propiedades abandonadas o pozos lastreros, pagarán una sobretasa del 100% respecto de la tasa vigente del impuesto. La referida sobretasa no se aplicará en áreas de expansión urbana y en áreas rurales”.
- Un nuevo artículo (el 58 bis) al Decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales⁴⁰⁰, que permitía a los municipios cobrar una multa a los dueños de propiedades abandonadas ubicadas en áreas urbanas, con o sin edificaciones, ascendente al 5% anual del avalúo fiscal total de la propiedad. Adicionalmente, el Municipio quedaba facultado para intervenir en estas propiedades “...sólo con el propósito de su cierre, higiene o mantención general”, siendo de costo del propietario las obras realizadas.

Como se ve, el tratamiento no llega ni de cerca al régimen de la expropiación sanción ni mucho menos a la posibilidad de abrir a terceros la posibilidad de proponer iniciativas urbanizadoras en terrenos ajenos. De hecho, el ámbito de acción de estos mecanismos quedaba restringido a las áreas urbanas y no a las urbanizables. Para colmo, este inicio fue recortado por el propio Ejecutivo que, a menos de dos años del inicio de su vigencia, le introdujo modificaciones en el curso de la tramitación de un proyecto de ley que perfeccionaba algunas de las disposiciones agregadas por la Ley N° 20.033 (Boletín 4813-06, con ingreso 29.12.2006)⁴⁰¹. El cambio, materializado por la Ley N° 20.280 (D.O. 04.07.2008), viene a limitar la sobretasa en los siguientes sentidos:

³⁹⁹ Cuyo texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado fue fijado por el D.F.L. N° 1/1998, M. de Hacienda (D.O. 16.12.1998).

⁴⁰⁰ Cuyo texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado fue fijado por el D.S. N° 2.385/1996, M. de Interior (D.O. 20.11.1996).

⁴⁰¹ Las indicaciones se presentaron en el 2° trámite constitucional, realizado en el Senado, según consta en los Informes de la Comisión de Gobierno de 03.12.2007 (cuenta en Sesión 72, Legislatura 355) y el Segundo de las Comisiones Unidas de Gobierno, Descentralización y Regionalización y de Hacienda de 27.03.2008 (cuenta en Sesión 05, Legislatura 356).

- La restringe a sitios no edificados con urbanización, pues dispone que la sobretasa no se aplicará “en áreas de extensión urbana o urbanizables, así determinadas por los respectivos instrumentos de planificación territorial”. Esto reduce significativamente su impacto, pues precisamente en estas áreas es donde hay mayores incentivos para retener suelos “en engorda”.
- Sólo puede aplicarse un año contado desde “la recepción en forma definitiva, total o parcial, de las respectivas obras de urbanización”. No basta que el área sea jurídicamente urbanizable; deben ejecutarse y recibirse las obras de urbanización, primero, y tras lo cual debe, además, aguardarse un año. Sólo entonces procedería cobrar la sobretasa.
- Tratándose de proyectos de subdivisión o loteo con una superficie superior a 50 has la vigencia se difiere al “plazo de diez años contado desde la fecha de recepción definitiva, total o parcial, de dichas obras de urbanización”. Otro cambio de filosofía notable que tiende a beneficiar a los grandes promotores inmobiliarios, justo aquellos que debieran tener una regulación más exigente pues dada su influencia en el mercado cuentan con más herramientas para especular con el suelo. Ello envuelve, por cierto, un agravio comparativo en contra de los promotores inmobiliarios que no cuenten con paños de esta superficie.
- En los casos de demoliciones o estados de ruina derivados de un “ siniestro u otra causa no imputable al propietario u ocupante ” la vigencia también se inicia “diez años contado desde la fecha en que se verificó el hecho constitutivo del siniestro”. Una norma que se inspira en un principio razonable pero que, sin duda, se presta para malas ideas. No en balde el derecho urbanístico autonómico español exhibe, más bien, preceptos de signo opuesto (p. ej. los artículos 32 y 95.3 de la LOUPMRGalicia, el art. 51.1.1.b del TRLOTAU o el art. 28.2 de la LSUPVasco).

Para colmo, no existen fundamentos que justifiquen este cambio en la historia fidedigna de la Ley, que apenas se limita a consignar la presentación de esta indicación por el Ejecutivo y el asentimiento de los senadores. Nada más. Al volver el proyecto a la Cámara de Diputados⁴⁰² será el diputado Carlos Montes C. quien elevará su voz para criticar estos cambios en la votación en sala:

“...en virtud de la Ley N° 20.033 se logró incorporar algo muy básico, prácticamente, nada: que todos los terrenos del área urbana que estuvieran desocupados debían pagar una sobretasa. En el ámbito urbanístico se habla de terrenos “en engorda”. Se les llama así porque incrementan su valor y porque son usados en todas las operaciones financieras; por ejemplo, como garantía para solicitar créditos. Por eso, se mantienen desocupados y su precio sube más que

⁴⁰² Sesión 19, de 16.04.2008, de la Legislatura 356 de la Cámara de Diputados.

ningún otro bien... ¿Qué estableció la Ley N° 20.033? Una sobretasa a estos terrenos. ¿Para qué? Para compartir un poquito las ganancias que obtenían sus dueños, debido a la absoluta desregulación existente. Ése fue el primer cambio. El segundo consistió en que los terrenos eriazos debían pagar, además, una multa por permanecer abandonados. Pero esto no ha operado; sólo tres municipios del país la han aplicado, porque se supone que, primero, deben ser declarados abandonados... Resulta difícil entender la modificación del artículo 8° de la ley N° 17.235, sobre impuesto territorial. En la Comisión Mixta debemos profundizar sobre sus alcances porque, tal como está redactado, es un gran retroceso respecto del pequeño avance que significó la ley N° 20.033”⁴⁰³.

El debate producido llevó a que se pidiera votación separada para este artículo, en el cual la mayoría optó por aprobar la indicación en los términos que ya señalamos (47 votos por aprobar la norma, 37 por rechazarla y dos abstenciones) lo que culminó el trámite parlamentario del proyecto (en caso de rechazo se habría formado una Comisión Mixta de Senadores y Diputados).

Lo expuesto ratifica la diferencia de enfoque que existe en el derecho urbanístico chileno respecto del rol del propietario y de la Administración a la hora de la ejecución del planeamiento. Luego profundizaremos sobre ello.

3. Las siguientes “generaciones” de derechos: El estatuto del ciudadano.

La LS 2007 ha venido a regular un estatuto subjetivo básico, según señala su exposición de motivos, “de la ciudadanía en general en relación con el suelo y la vivienda, que incluye derechos y deberes de orden socio-económico y medioambiental” (III). Se trata de derechos:

⁴⁰³ Además de la falta de regulación en materia de plusvalías este diputado planteó, además, críticas específicas entre las que destaca la vigencia diferida para los proyectos de subdivisión o loteo con una superficie superior a 50 has, afirmando que con ello se protegería a 9 terrenos en todo el país: “¿Quiénes se favorecen con esto? Nueve terrenos. Entonces, uno se pregunta, ¿por qué estamos favoreciendo 66 hectáreas en Alto Hospicio donde no hay suficientes terrenos, debido a lo cual están subiendo como diablo? ¿Por qué los estamos protegiendo? ¿Por qué estamos protegiendo 237 hectáreas pertenecientes a una inmobiliaria en La Serena? ¿Por qué la inmobiliaria Las Américas, las administradoras de fondos de inversión y la Inmobiliaria Puerto Velero van a tener este beneficio? Sólo son nueve propiedades. Me parece increíble, si tenemos en consideración el debate que hubo en las comisiones unidas en su época, cuando la senadora Matthei propuso incorporar en ambas normas los terrenos de 200 y 300 metros cuadrados. Dijimos que estos terrenos también podían quedar “en engorda” en cualquier parte y que también provocaban problemas los terrenos eriazos. Entonces, optamos por aceptarlo, incorporamos los terrenos pequeños; pero ahora queremos excluir los grandes. Es algo insólito” (*Ibíd*).

“...de toda persona con independencia de cuáles sean su actividad o su patrimonio, es decir, en el entendimiento de la ciudadanía como un estatuto de la persona que asegure su disfrute en libertad del medio en el que vive, su participación en la organización de dicho medio y su acceso igualitario a las dotaciones, servicios y espacios colectivos que demandan la calidad y cohesión del mismo” (*Ibid.*).

Este enfoque constituye una novedad en el derecho urbanístico español, no porque no existieran normas a este respecto sino por la ubicación sistemática que se les entrega, como pieza de cabecera del sistema (art. 4º TRLS 2008) y como derechos, más que como fines o funciones de la ordenación urbanística⁴⁰⁴. De hecho, tradicionalmente el Derecho urbanístico estaba centrado fundamentalmente en la disciplina de la propiedad y, últimamente —en particular desde la emergencia de la figura del agente urbanizador—, en la de la libertad de empresa. La vivienda y el medio ambiente corrían por cuerda separada y la participación se asociaba a posiciones dominicales o empresariales⁴⁰⁵. Los derechos eran tratados, en tanto, como emanación de la condición de propietario y en función de las diversas clases de suelo⁴⁰⁶. Esta ley viene, por lo tanto, a marcar un punto de inflexión que exige ponderar en conjunto estos derechos tratándose de la regulación y utilización del suelo, componiendo —por así decirlo— un interés general más complejo y matizado.

Ya hemos dicho que el legislador estatal no puede dictar una Ley urbanística, ni siquiera a título supletorio en virtud de la doctrina de la STC 61/1997, de 20 de marzo. Por ello la LS 2007 regula estos derechos invocando el urbanismo sino, en cambio, el título de condiciones básicas de la igualdad en los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos, atribuido al legislador estatal en el art. 149.1.1 CE. En palabras del TC, se trata de establecer “principios o reglas generales que, en definitiva, sirvan para garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales” (SSTC 61/1997, FJ 10, y 164/2001, FJ 5). Nos referiremos en esta parte al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, al derecho a un desarrollo urbano sostenible y al derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos.

3.1. El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

⁴⁰⁴ P. ej., la LS 56 y el TRLS 76 no hablaban del derecho a la vivienda, pero incluían dentro de las funciones de la competencia urbanística sobre régimen del suelo “Regular el mercado de terrenos como garantía de la subordinación natural de los mismos a los fines de la edificación y de la vivienda” (art. 3.2).

⁴⁰⁵ Véase, p. ej., el art. 4 de la LRSV.

⁴⁰⁶ Puede verse en este sentido los arts. 13, 15 y 20 de la LRSV y 23 y ss. del TRLS 92.

3.1.1. La emergencia de este derecho.

a) Breve apunte sobre los derechos sociales.

El llamado derecho a la vivienda se inscribe dentro de los denominados derechos económicos, sociales y culturales o derechos de segunda generación, que derivan del proceso de generalización de los derechos fundamentales conducente al Estado Social, el cual involucra:

“...la puesta en marcha de derechos que garantizan o hacen posible una participación política igualitaria, y por consiguiente una participación de la clase trabajadora en la configuración de una nueva generación de derechos fundamentales para asegurar la solidaridad y la igualdad...” (PECES-BARBA, 1999:168).

Frente a la desigualdad fáctica la implementación de estos derechos utilizan “...la igualdad como diferenciación, como método para alcanzar la igualdad como equiparación” (*Íbid.*). En otras palabras, su reconocimiento supone acciones concretas que corrijan esas diferenciaciones y permitan a quienes no alcanzan los niveles mínimos de bienestar que la sociedad define acceder a ellos. Ya hemos apuntado las diferencias entre los DESC —derechos de “segunda generación”— y los derechos civiles y políticos —derechos de “primera generación”—. Se dice que aquéllos, a diferencia de éstos, no serían verdaderos derechos, directamente exigibles en sede judicial por los ciudadanos, sino sólo declaraciones programáticas que orientarían la acción estatal. Esta diferencia se refleja en la aprobación separada y paralela de dos Pactos internacionales de Derechos Humanos, uno de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) y otro de Derechos Civiles y Políticos, ambos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 (y en vigor desde 3 de enero de 1976 y el 23 de marzo de 1976, respectivamente).

Múltiples aportaciones doctrinales han venido a desmentir esta relativa fragilidad de los DESC en el último tiempo (p. ej. PNUD, 2000:93; ABRAMOVICH, 2006; ABRAMOVICH & COURTIS, 2002 y 2006; AÑÓN R. & GARCÍA A., 2004; BALDASARRE, 2001; FERRAJOLI, 1999, 2001 y 2006; PISARELLO, 2007). PISARELLO ha sistematizado las posturas que estiman que los DESC no son derechos agrupándolas en cuatro percepciones o prejuicios ideológicos, pasando luego a rebatir cada uno de ellos.

- i. La primera percepción es histórica, y apunta a que los DESC tendrían un reconocimiento universal tardío y siempre posterior a los derechos civiles y políticos, como sugiere la imagen de sucesivas “generaciones” de derechos. Con ello se desconoce una compleja y heterogénea historia de

reivindicaciones sociales, con avances y retrocesos, coberturas segmentadas y una permanente inestabilidad que exigen una postura vigilante por parte de la sociedad civil.

- ii. El segunda prejuicio —que califica de filosófico/normativo— vincula la dignidad de la persona directamente con los derechos civiles y políticos —unidos básicamente en torno a la idea de libertad— y sólo indirectamente con los DESC —unidos básicamente en torno a la idea de igualdad—. Aunque a primera vista estas ideas parecen ajustarse a esa descripción la doctrina ha apuntado la necesidad de equilibrar libertad e igualdad para lograr el interés general, pues una y otra se retroalimentan.

“Del mismo modo que no se puede suprimir por entero la desigualdad social y la desigualdad de poder por ella causada, tampoco se debe suprimir la libertad; tampoco puede ser dejada a un desarrollo desenfrenado, aun cuando resulte de una igualdad en el punto de partida (tampoco existente en la mayoría de los casos). Libertad e igualdad se colocan en una relación en parte de condicionamiento mutuo, en parte de exclusión. Necesitan de una constante *puesta en equilibrio* para mantener la libertad real para todos... la desigualdad de resultados es lo que, excediendo una determinada medida, pone en cuestión la noción de libertad misma (y naturalmente la igualdad en el punto de partida). Si se deja correr libremente a la desigualdad de los resultados (que tiene su origen en la libertad) por razón del desarrollo de la libertad, la libertad abandonada a su discrecionalidad se transforma en falta de libertad en cada caso para otros y, al final, para todos” (BÖCKENFÖRDE, 1993:89-90).

En esta misma línea el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sostiene que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados, lo que también es aplicable en el ámbito de los ordenamientos nacionales. Múltiples instrumentos incorporan este planteamiento, entre los que destaca la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993⁴⁰⁷ que en su apartado 1.5 establece que:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándose a todos el mismo peso...”.

En Iberoamérica el Preámbulo del Protocolo de San Salvador de 1988 (suscrito como protocolo adicional a la Convención Americana sobre

⁴⁰⁷ Adoptada en el marco de la Segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Naciones Unidas [A/CONF.157/23].

derechos humanos en materia de DESC, y en vigor desde 1999) adopta el mismo punto de vista al destacar:

“...la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”.

- iii. La tercera percepción que identifica este autor es la que sostiene que los DESC serían una categoría diferente por ser derechos prestacionales y caros, indeterminados y de incidencia colectiva. Esto impediría asignarles los mecanismos de tutela propios de los derechos civiles y políticos. Pero aunque algunos DESC requieran de importantes desembolsos monetarios, la vigencia efectiva de los derechos civiles y políticos también representa un costo para el erario público, como ocurre con la financiación de los tribunales y sus funcionarios, la de los registros de propiedad o la de la infraestructura necesaria para votar. Por otro lado, los DESC también incluyen deberes de abstención que no irrogan mayores gastos. En el caso del derecho a la vivienda, por ejemplo, el deber de no desalojar arbitrariamente a una persona y, de manera transversal a todos los DESC, “la obligación negativa de no regresividad” (PISARELLO, 2007:62). La indeterminación del contenido, por su parte, es consustancial al lenguaje en general, al lenguaje jurídico en particular y, de manera más especial aún, al discurso de los derechos. Por lo mismo, tanto la formulación de los derechos civiles y políticos como la de los DESC da lugar a problemas interpretativos. En esta línea ABRAMOVICH estima:

“...que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de los DESC tiene un valor heurístico, ordenador, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el cual el lugar de cada uno de ellos estaría determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caracterizaran” (ABRAMOVICH, 2006:42).

- iv. La última percepción que combate PISARELLO es dogmática y deriva de las anteriores: “los derechos sociales no serían derechos fundamentales ni derechos judicialmente exigibles, sino simples principios programáticos cuya operatividad quedaría supeditada a la libre configuración del legislador de turno” (PISARELLO, 2007:16). La ausencia de garantías legislativas o jurisdiccionales, sin embargo, no equivale a ausencia de

fundamentalidad, sino más bien refleja un incumplimiento por parte de la autoridad. Tanto los derechos de primera generación como los de segunda constituyen un complejo de obligaciones —negativas y positivas— que presentan características o facetas que permite su exigibilidad judicial en caso de violación. Es decir, todos los derechos podrían ser exigidos jurídicamente, al menos en relación a las obligaciones negativas que plantean (ABRAMOVICH & COURTIS, 2002:47). Las objeciones respecto de la inexistencia de instrumentos adecuados para su exigibilidad constituyen argumentaciones circulares, puesto que “lo único que señalan es que los instrumentos procesales tradicionales —surgidos en el contexto de litigios que tenían como medida el interés individual, el derecho de propiedad y una concepción abstencionista del Estado— resultan limitados para exigir judicialmente estos derechos” (*Ibid.*:45-6). Más que desvirtuar su naturaleza esto último “...exige imaginar y crear instrumentos procesales administrativos y judiciales, aptos para llevar a cabo estos reclamos” (ARTIGAS, 2005:22-23). FERRAJOLI afirma que:

“...el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexistencia de las segundas; y que, por consiguiente, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar (...)” (FERRAJOLI, 1999:63).

El propio ALEXY, al presentar su modelo de derechos sociales fundamentales, indica que “los problemas de exigibilidad judicial que surgen en el marco de este modelo no se diferencian básicamente de los que se presentan en los derechos fundamentales tradicionales” (2007:456). Incluso en países cuyo ordenamiento constitucional no reconoce explícitamente a los DESC los Tribunales han llegado a prestarles amparo, a veces de forma directa, a veces por su conexión con otros derechos fundamentales como el de igualdad, el derecho a un debido proceso, la vida, etc.⁴⁰⁸ FERRAJOLI ha afirmado que los derechos fundamentales tienen garantías negativas —deberes de abstención— y positivas —deberes de acción—. En las últimas destaca el deber del legislador para establecer una legislación de ejecución que permita disfrutar del derecho en cuestión. La frecuente ausencia de esta última en los DESC constituiría “el principal

408

Este fenómeno ha sido denominado “exigibilidad indirecta” por ABRAMOVICH & COURTIS, 2002:132-248. Pueden verse también PISARELLO, 2007:107-109 y JORDÁN D., 2008.

factor de ilegitimidad constitucional de nuestros ordenamientos” (FERRAJOLI, 2006:30).

Un último punto que conviene revisar con algún detenimiento es la calificación de los DESC como “derechos de configuración legislativa”. En rigor, éste es un rasgo común con los derechos civiles y políticos, pues la Constitución sólo regula las bases de unos y otros garantizándoles un contenido mínimo (además del deber de no regresividad y el de progresividad). La tesis que restringe el contenido constitucionalmente garantizado de los DESC y fortalece el de los derechos civiles y políticos sería incoherente con “...el ideal normativo de una... democracia que no deja librada a la discrecionalidad de ningún poder la satisfacción o no de aquellos derechos ligados a la seguridad material ya la autonomía de todos” (PISARELLO, 2007:87). El legislador no sería omnipotente, en consecuencia, al regular los derechos constitucionales.

En esto último conviene recordar que, dadas las implicancias financieras que puede involucrar la realización plena de los DESC, el PIDESC introdujo el concepto de progresividad:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (artículo 2.1 PIDESC).

En consecuencia, el Pacto asume una gradualidad que obliga a los Estados parte a garantizar los DESC hasta el máximo de los recursos disponibles, pero sin indicar un *quantum*, lo que libra a la voluntad política y el juego democrático la decisión sobre las prioridades y los montos (ARTIGAS, 2005:21). Esto sugiere que los DESC son meras aspiraciones a prestaciones concretas, pero no derechos. Sin embargo, el Comité de DESC de la ONU (Committee on Economic, Social and Cultural Rights, CESCR), creado en 1985 para supervisar el cumplimiento del PIDESC, acotó el concepto de progresividad estableciendo que no puede ser interpretado como una supresión de las obligaciones de los Estados. Por el contrario, debe ser entendido a la luz del objetivo general del Pacto: trazar obligaciones claras para dar efectividad a los DESC. Así, aunque no puede pedirse a los Estados que garanticen los DESC inmediatamente, si puede reclamárseles que aseguren niveles esenciales para cada uno de esos derechos y actúen deliberadamente en pos de hacerlos efectivos. La referencia del Pacto a la

obligación de “adoptar medidas” lleva a rechazar una interpretación inmovilizadora de la progresividad:

“9. ...el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga... / 10. ...el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos... Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (CESCR, 1990).

En sentido semejante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que en virtud de la obligación de progresividad los Estados no pueden adoptar políticas, medidas o normas que, *sin una justificación adecuada*, empeoren la situación de los DESC existente al momento de adoptarse el Protocolo de San Salvador, o bien, con posterioridad a cada avance “progresivo” (CIDH, 2008:9).

Con todo, la discusión acerca de la naturaleza de los DESC está lejos de zanjarse. Recientemente ATRIA ha insistido en que la noción de “derechos sociales” es una *contradictio in terminis* de cara a la de derechos subjetivos, dado que la estructura de los primeros repele la exigibilidad, nota esencial de un derecho subjetivo (2004a:15). Y es que el contenido de los DESC no sería un asunto jurídico sino político, por lo que necesariamente requeriría para su concreción de la mediación del legislador. La tesis contraria envolvería la pretensión de asignar a “... los

abogados y jueces... un status privilegiado frente a los ciudadanos que el legislador representa, para determinar cuáles son los medios que mejor expresan el tipo de comunidad que los ciudadanos están construyendo" (ATRIA, 2004b:153)⁴⁰⁹. En un sentido semejante BAYÓN ha criticado las posturas que transforman a algunos o todos los derechos fundamentales en "cotos vedados" o "esferas de lo indecible", esto es, en presupuestos de un régimen democrático que no admitirían discusión, defendiendo más bien una concepción procedimental de la democracia en que las mayorías políticas desarrollan los derechos fundamentales por vía legislativa aunque ello pueda "producir resultados profundamente injustos" (BAYÓN, 2004:83).

Este planteamiento puede combinarse con el señalado a propósito de la calificación de los DESC como "derechos de configuración legislativa" y dar pie a una postura en cierto modo intermedia. Es lo que ha hecho FERNÁNDEZ R. al afirmar que la eficacia directa de la Constitución exige que las leyes sean congruentes con el contenido de aquélla. Conforme este autor, el legislador debe "dar los pasos hacia adelante que sean necesarios para perfeccionar el contenido de unos derechos que son imperfectos o están incompletos en su formulación constitucional, es decir, convertirlos en derechos subjetivos propiamente dichos" (1997b:473).

"La inclusión en el texto constitucional del derecho a una vivienda digna, por ejemplo, no permite, ciertamente, al ciudadano que carezca de ella acudir al Juez ordinario para exigir de éste una Sentencia que condene a la Administración a proporcionársela, pero tampoco es un *flatus vocis*, carente de virtualidad alguna. El reconocimiento constitucional de ese derecho obliga efectivamente al legislador a promulgar una Ley de urbanismo y vivienda con un contenido tal que haga posible y viable el derecho en cuestión y, desde luego, condena de antemano por inconstitucional cualquier Ley de urbanismo y vivienda que pueda promulgarse que haga imposible o inviable ese derecho" (*Ibíd.*).

Así, la eficacia normativa de los DESC se desplegaría primariamente sobre el legislador, al modo de una garantía institucional:

"Es imposición de estándares concretos de prestación, en cantidad y calidad, capaces de garantizar al ciudadano un nivel mínimo de derechos exigibles, de convertir, en consecuencia, los deberes genéricos, que a los poderes públicos impone el texto constitucional, en obligaciones jurídicamente exigibles, el efecto primario y esencial, irrenunciable, que deriva de la inclusión en la Constitución de los llamados derechos económicos y sociales" (*Ibíd.*).

El mismo autor sostiene, sin embargo, que el *quantum* de las prestaciones concretas es un asunto político que depende de los recursos existentes y, además, del grado

⁴⁰⁹ Véase la instructiva polémica con los otros autores de la misma publicación, especialmente con BERNAL, 2004.

de sensibilidad colectiva en cada caso, lo que lo dejaría fuera “de las posibilidades del control jurídico que la justicia constitucional tiene a su alcance, por lo que sólo en sede política podría valorarse y, en su caso, sancionarse” (FERNÁNDEZ R., 1997b:474). Con ello parece deshacerse la eficacia recién proclamada, salvo que estimemos que ella sólo puede predicarse del “nivel mínimo de derechos exigibles” ya apuntado. Pero en este último caso deberíamos delimitar ese “nivel mínimo” y, con ello, esta tesis pasaría a identificarse con la que defiende la exigibilidad de los DESC en ese umbral por determinar, al menos de cara al legislador.

b) La vivienda como derecho.

Para nuestros efectos debemos profundizar en un DESC concreto: el derecho a la vivienda. Parece evidente la importancia que tiene para el desarrollo de una persona y una familia acceder a una vivienda. Baste indicar que se trata del soporte físico necesario para disfrutar de otros derechos fundamentales, como la intimidad, la salud o la propiedad. En palabras de la Carta Urbana Europea “La vivienda es el único espacio realmente privado donde toda persona debe tener las mayores oportunidades de garantizar su seguridad, su tranquilidad y la protección de sus bienes personales” (CPLRE, 1992 §4.5). Por desgracia, se trata de un bien relativamente escaso y desigualmente distribuido. Según cifras de la ONU:

“...se estima que en el Sur, 600 millones de habitantes de las zonas urbanas viven en viviendas superpobladas y de mala calidad, en que el suministro de agua, el saneamiento, el alcantarillado y la retirada de basura son insuficientes, lo que representa un riesgo constante para la vida y la salud. Es lo que ocurre asimismo con más de 1.000 millones de personas que viven en las zonas rurales. / La falta de vivienda no es un fenómeno exclusivo de los países en desarrollo. También existe, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, donde el porcentaje de personas sin hogar es del 1,5 al 2,5%, así como en Francia, Alemania y el Reino Unido, donde el porcentaje se sitúa entre el 4 y el 12%” (ONU, 2001§5 y 6).

Ya explicamos en el capítulo 1 que la revolución industrial cambió la forma de los asentamientos humanos y anunció la hegemonía urbana que se consolidó durante el siglo XX. En este contexto es explicable que las primeras “constituciones sociales” se hicieran cargo del problema de la vivienda y que pronto ésta fuese objeto de uno de los DESC más característicos. El art. 4º, inc. 4º, de la Constitución de Querétaro (1917) declaró el derecho de toda familia “...a disfrutar de vivienda digna y decorosa”, agregando que la ley establecería “los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”. Dos años después el art. 155 de la Constitución de Weimar (1919) dispuso que:

“El reparto y utilización del suelo serán vigilados por el Estado en forma que se impida el abuso y se tienda a proporcionar a todo alemán una morada sana y a todas las familias alemanas, especialmente a las de numerosa prole, una morada y un patrimonio económico que responda a sus necesidades...”.

A nivel internacional el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) reconoció el “derecho a un nivel de vida adecuado” que comprende asegurar a toda persona y su familia “la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, **la vivienda**, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. Esta mención ha sido reiterada en una serie de otras convenciones internacionales⁴¹⁰, entre las que destaca el PIDESC (1966) y su art. 11.1:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y **vivienda adecuados**, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento” (negritas nuestras).

Los ordenamientos constitucionales son bastante heterogéneos al referirse al derecho a la vivienda. Existen constituciones, como la chilena, que no se refieren directamente a él, y otras que contienen referencias relativamente lacónicas, en la línea del PIDESC. En este segundo grupo puede situarse a la CE, la Constitución belga⁴¹¹ o la sudafricana, de 1996⁴¹². Hay también un tercer grupo que desarrolla el contenido del derecho con mayor complejidad, como las cartas fundamentales de Brasil (1988) o Portugal (1976). PISARELLO califica a la primera como:

⁴¹⁰ El derecho a la vivienda también ha sido recogido en el apartado h) del párrafo 2° del art. 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), el párrafo 1° del art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), el art. 21 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), el inciso 3° del apartado e) del art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) y el párrafo 1 del art. 43 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990), además de numerosas declaraciones de la ONU (ONU, 2001 §14-22 y PISARELLO y OBSERVATORIO DESC, 2003:60-65).

⁴¹¹ “**Art. 23.** Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. / A cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l’article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice. / Ces droits comprennent notamment: (...) 3° le droit à un logement décent;”.

⁴¹² “**Art. 26. Housing.-** Everyone has the right to have access to adequate housing. / The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. / No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions”.

«...una de las más prolijas a la hora no sólo de establecer el contenido de los derechos habitacionales sino también sus nexos con otros derechos sociales y civiles básicos o con el derecho a la tierra... Así, el art. 7 reconoce el derecho a la vivienda de trabajadores urbanos y rurales. El art. 23 consagra la promoción de la construcción de viviendas y la mejora de las condiciones de vida y del saneamiento básico como “responsabilidad conjunta” de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y las Municipalidades. El art. 187, a su vez, prevé la participación de productores y trabajadores en la política agrícola, incluidas las necesidades de viviendas para estos últimos. Los arts. 200 y 203, finalmente, integran las cuestiones habitacionales y de saneamiento habitacional en el marco del funcionamiento de un sistema unitario de salud» (PISARELLO, 2003:48).

El texto portugués, en tanto, reconoce en su art. 65 el derecho a una vivienda de dimensión adecuada, para la persona y su familia, en condiciones de higiene y comodidad y que preserven la intimidad personal y la privacidad familiar. Agrega un explícito vínculo con el urbanismo, reclamando del Estado una política habitacional inserta en la planificación territorial y urbanística para garantizar la existencia de una adecuada red de transportes y equipamientos sociales⁴¹³.

Con todo, las disposiciones que hemos comentado se mueven en el plano de las declaraciones genéricas y no otorgan un contenido concreto y operativo a este derecho, como sería de esperar en normas constitucionales o internacionales. Esta tarea está siendo afrontada por los órganos competentes de la ONU —lo que

⁴¹³ “**Art. 65.** 1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.

2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:

a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social;

b) Promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais;

c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada;

d) Incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução.

3. O Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria.

4. O Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no quadro das leis respeitantes ao ordenamento do território e ao urbanismo, e procedem às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística”.

5. É garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território.

supone un déficit de legitimidad democrática— que, a través de diversos documentos, han ido explicitando qué debemos entender por una “vivienda adecuada”. Así, por ejemplo, la “Estrategia Mundial de la Vivienda hasta el año 2000”, cuyo contenido fue aprobado por la Asamblea General de la ONU en 1988⁴¹⁴, entiende que aquélla debe permitir:

“...disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos. Todo ello a un costo razonable” (ONU, 1988 §5).

El CESCR ha añadido que:

«...el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte... el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos» (CESCR, 1991 §7, ONU, 2001 §24).

La preocupación de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU por el derecho a una vivienda adecuada la impulsó a nombrar relatores especiales para este tema. El primero de ellos, R. SACHAR, que ejerció este cargo entre 1993 y 1995, incluyó en su segundo informe una propuesta de Convención Internacional del Derecho a la Vivienda –elaborada a petición de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones–⁴¹⁵ que recoge y profundiza las observaciones del CESCR, pero que no llegó a ser sometida a tramitación (ONU, 1994)⁴¹⁶. Su art. 1º reconoce que:

⁴¹⁴ La Asamblea General de la ONU aprobó la elaboración de esta estrategia en su resolución 42/191, de 11 de diciembre de 1987, y aprobó su contenido mediante su resolución 43/181, de 20 de diciembre de 1988.

⁴¹⁵ La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU pidió al Relator Especial, en su resolución N° 1993/36, párr. 5º, de 25 de agosto de 1993, que presente “a la Subcomisión en su 46º período de sesiones un segundo informe sobre la marcha de los trabajos relativos al fomento de la realización del derecho a una vivienda adecuada y que examine, entre otras cosas, la necesidad de aprobar una declaración o una convención internacional sobre el derecho a una vivienda adecuada”.

⁴¹⁶ El relator opinaba en su informe que aunque los problemas de la vivienda varían de un Estado a otro y pudiera parecer inútil una convención internacional sobre la vivienda éstas eran “cuestiones de detalle. Lo importante es convencer a la comunidad

“Todos los niños, las mujeres y los hombres tienen un derecho ejecutable a una vivienda adecuada, que sea económicamente asequible, accesible y autodeterminada, que incluye el derecho de acceso a un lugar seguro y económicamente asequible para vivir en paz y dignidad”.

El art. 3º plantea un verdadero derecho subjetivo a la vivienda, pues reconoce a las “personas, parejas o familias sin hogar... un **derecho ejecutable a la provisión inmediata** por las autoridades públicas de espacio de vivienda suficiente, independiente y adecuado” (negritas nuestras), señalando que en caso de negarse este espacio por cualquier razón, existirá un “derecho automático a apelar de tal decisión”. Añade que “Los albergues, los refugios de emergencia y el alojamiento de cama y desayuno serán medidas insuficientes”⁴¹⁷. El enfoque de esta propuesta de convención repele frontalmente el lucro en el mercado de la vivienda y la transformación de ésta en un objeto de inversión, privilegiando su valor de uso por sobre su valor de cambio y animando a los Estados a intervenir “en el mercado de la vivienda y en la economía en general, con miras a crear las condiciones para que toda la sociedad tenga acceso a una vivienda económicamente asequible” (art. 23.2).

Poco tiempo antes la Observación General N° 4 del CESCR había identificado una serie de aspectos que permitían determinar si una vivienda es o no “adecuada” de cara a la dignidad humana (1991 §8). El proyecto de convención los enriqueció, presentándolos en una óptica de derechos. Posteriormente, han sido recogidos como parámetros mínimos que la autoridad debiera garantizar en la escasa literatura jurídica existente (así, p. ej., CARBONELL, 2004: 889-892, o AÑÓN & GARCÍA, 2005:204-207), cuestión nada de sencilla al tratarse de definiciones plagadas de conceptos jurídicos indeterminados. Son los siguientes:

internacional de que acepte la urgencia del derecho humano a una vivienda adecuada y concretar diversos derechos de los ciudadanos y también los deberes del Estado. En relación con la aceptación del principio de la protección y promoción del derecho humano a una vivienda adecuada, no se plantea la cuestión del relativismo. Este derecho es universal y mundial”. Añade luego que “la consideración del aspecto de derechos humanos del derecho a la vivienda desde este punto de vista hace convincentes los argumentos a favor de la adopción de un nuevo instrumento legal internacional sobre el derecho a la vivienda. Es muy evidente que los Estados y las Naciones Unidas deberán demostrar una dedicación mucho mayor a este conjunto de derechos para que adquieran sentido para los ciudadanos del mundo. Una nueva convención sobre el derecho a la vivienda no duplicaría las fuentes legales actuales del derecho a una vivienda adecuada, sino que serviría para aclarar las posiciones de los Estados con respecto a este derecho y, lo que es más importante, elaboraría en un texto único las obligaciones y prestaciones que dimanarían de este derecho” (ONU, 1994 §116 y 117).

⁴¹⁷ El art. 23.3 dispone que “Los Estados deberán crear las condiciones para que una proporción suficiente de la oferta de viviendas se reserve a las personas y familias sin hogar”.

- i. **Seguridad jurídica de la tenencia.** Supone la protección legal “contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas” a quien detente una vivienda a título de alquiler (público y privado), cooperativa, arriendo, propiedad, vivienda de emergencia o asentamiento informal, incluida la ocupación de tierra o propiedad (CESCR, 1991 §8.a). El art. 6.2 del proyecto de convención establece un “derecho a la seguridad de tenencia”, en virtud del cual “todos los niños, mujeres y hombres tienen derecho a un hogar y a un ambiente seguro y salubre... a un hogar libre de violencia y de la amenaza de violencia u otra forma de hostigamiento, incluso el derecho al respeto del hogar”. La protección legal se extiende a las víctimas “de todas las formas de desalojo motivadas económicamente mediante aumento súbito o excesivo del alquiler, por afán de ganancia, por especulación o por razones que no reconozcan los derechos de los inquilinos” (art. 6.3). Para garantizar lo anterior “Toda persona, institución, sujeto jurídico, corporación pública o cualquier otra entidad que viole una cláusula del presente artículo será susceptible de proceso penal según la ley” (art. 6.5). Posteriormente, el CESCR señaló las garantías procesales que deben tener desalojos forzosos (CESCR, 1997)⁴¹⁸.
- ii. **Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.** Se trata de aquéllos “indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición”, de manera que los habitantes de la vivienda tengan “acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia” (CESCR, 1991 §8.b, y art. 7.1. del proyecto de convención).
- iii. **Gastos soportables.** En este punto se indica que son tales los que no impiden ni comprometen “el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas”, lo que supone garantizar “que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general,

⁴¹⁸ El CESCR considera que los desalojos forzosos deben contemplar, al menos, las siguientes garantías procesales: “a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales” (CESCR, 1997 § 15).

conmensurados con los niveles de ingreso”, sea a través de subsidios u otras formas de financiación que cumplan este objetivo. Aquí se incluye la protección “contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres” y las medidas que garanticen la disponibilidad de materiales de construcción de viviendas (CESCR, 1991 §8.c), si bien esto último pareciera estar incluido en el punto precedente. El proyecto de convención recoge este principio y garantiza a toda persona que tenga una necesidad probada el “derecho a una subvención social como medio de asegurar el derecho a una vivienda económicamente asequible” (art. 8.2). Asimismo, afirma el “derecho a financiación y crédito justos para la vivienda en condiciones razonables y equitativas” (art. 14.1) tanto para “los ocupantes propietarios y... los inquilinos”, sin beneficiar “desproporcionadamente a las personas que tengan hipotecas” (art. 14.2). Estas ayudas suponen para los Estados el deber de “asignar fondos públicos para la satisfacción global del derecho a una vivienda adecuada, que reflejen de manera apropiada las demandas y las necesidades no satisfechas de vivienda de la sociedad” (art. 21.2), los que deben “aumentar progresivamente..., tanto para la construcción de nuevas viviendas sociales y la promoción y el apoyo financiero de planes para facilitar el acceso a una vivienda económicamente asequible” (art. 21.3).

- iv. **Habitabilidad.** Supone “ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes” y “protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad” (CESCR, 1991 §8.d), aplicando los Principios de Higiene de la Vivienda de la Organización Mundial de la Salud que piden que éstas no sólo protejan la salud: también la favorezcan (OMS, 1990): “una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas” (CESCR, 1991 §8.d). El proyecto de convención incluye este principio y señala que su infracción dará derecho a interponer “recursos administrativos y judiciales” (art. 9.2).
- v. **Asequibilidad.** La vivienda debe ser un bien factible de conseguir o alcanzar, por lo que debe existir “un grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres y otros grupos de personas” (CESCR, 1991 §8.e). La propuesta de convención establece “cierto grado de prioridad en las leyes y las políticas de vivienda” para “los grupos crónicamente mal alojados y/o... los

que tengan necesidades especiales de vivienda o... los que tengan dificultades para adquirir una vivienda adecuada”, entendiendo por los primeros a “los impedidos, los ancianos, los grupos de bajos ingresos, los grupos minoritarios, las personas con problemas médicos, los refugiados, los jóvenes o cualquier otro individuo o grupo de carácter semejante” (art. 4°). Agrega también el derecho a una vivienda “accesible” (art. 10), esto es, apropiada para las personas “que tienen necesidades de vivienda especiales, incluso pero no sólo las personas mental o físicamente impedidas, los ancianos, los enfermos próximos a morir, los infectados con el VIH, los afectados por problemas médicos persistentes y los niños”. Esto incluye el “derecho a obtener subvenciones para cualquier modificación de su vivienda que sea necesaria para hacerla accesible”.

vi. **Lugar de la vivienda.** Debe ser uno que “permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales”, especialmente en “ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres”. Se añade que “la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes” (CESCR, 1991 §8.f). El proyecto de convención aborda este tema en dos partes. Su art. 7.2 establece el “derecho a servicios comunitarios, incluso la remoción de basura, instalaciones de atención médica, oportunidades de empleo, escuelas, transporte público a precio razonable, cuidado de los niños y servicios contra incendios y de ambulancia”. El art. 11, por su parte, establece que la vivienda debe estar situada en un lugar que no ponga en peligro el disfrute de los demás derechos enunciados en ella “ni el de los derechos concomitantes al mayor grado de salud alcanzable”. Establece, además, que los “ocupantes de viviendas construidas sobre o cerca de fuentes de contaminación tendrán el derecho de reclamar indemnización de las autoridades públicas, las que a su vez tendrán el deber legal de descontaminar la zona y/o reducir las fuentes de contaminación a un nivel que no constituya en modo alguno un peligro para la salud pública”.

vii. **Adecuación cultural.** Las políticas de vivienda deben permitir que la vivienda sea “expresión de la identidad cultural y la diversidad”, tanto en la manera en que se construye, como en los materiales de construcción utilizados, sin que los avances técnicos “sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda” (CESCR, 1991 §8.g). El art. 22.4 de la propuesta de convención establece que “Los Estados velarán por que se diversifique la oferta de viviendas para que

refleje las características culturales de todos los grupos sociales que constituyen la sociedad y otorgue cierto grado de opción a los habitantes en lo que respecta al lugar de su residencia”.

La relatoría especial sobre la vivienda adecuada correspondió, entre 2000 y 2008, a M. KOTHARI. Éste elaboró en 2001 un informe en que definió el derecho a una vivienda adecuada como “el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad” (ONU, 2001 §8)⁴¹⁹. En él destacó como este derecho empezaba a ser reconocido y aplicado por los Tribunales de diferentes países, citando como ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica “Gobierno de la República de Sudáfrica y otros contra Irene Grootboom y otros” (04.10.2000)⁴²⁰, si bien consigna sentencias en el sentido opuesto (como las del Tribunal Supremo de la India en el asunto “Narmada Bachao Andolan c. La Unión de la India y otros”, de 18 de octubre de 2000, o la del Tribunal Superior de Bombay en el asunto del “Parque Nacional Sanjay Gandhi”, de 7 de mayo de 1997, ONU, 2001 §77-86). Podríamos decir que paulatina, pero progresivamente, los tribunales empiezan a controlar el desarrollo y aplicación de las decisiones adoptadas por los poderes públicos en relación al derecho a una vivienda adecuada.

c) El derecho a la ciudad.

Como hemos visto, el derecho a la vivienda no se agota en lo que ocurre en su interior. Es preciso conectarla con el entorno y tratándose de asentamientos urbanos, ese entorno es la ciudad. La preocupación por esta conexión es el núcleo del ya clásico texto de LEFEBVRE, *Le Droit à la ville*, de 1968. En él, y tras relatar la crisis de la ciudad a partir de la industrialización, defiende un derecho a la ciudad, esto es, a la “vida urbana transformada” que supone acceder a una centralidad renovada y lugares de encuentro e intercambio que redunden en un empleo del tiempo –un ritmo de vida– que permita disfrutar plenamente de la interacción de estos elementos (predominando el valor de uso sobre el valor de cambio). En otras palabras, postula “una forma superior de los derechos: el derecho a la libertad, a la individualización en la socialización, al hábitat y al habitar” (LEFEBVRE,

⁴¹⁹ El relator señala que esta definición se inspira en los trabajos de la Campaña Nacional India de Promoción de los Derechos en materia de Vivienda, la Coalición Internacional para el Hábitat (<http://www.hic-net.org/>) y el CESCR.

⁴²⁰ Disponible en <http://www.constitutionalcourt.org.za/>. Puede verse comentada en ABRAMOVICH y COURTIS, 2001 y QUINTANA, 2004.

1968:138,159 y 167). Se trata de un enfoque que debe impulsar la clase obrera y que combate:

“...la miseria irrisoria y sin tragedia del habitante, de los suburbanos, de las personas que pasan sus días en guettos residenciales, en los centros infectos de las antiguas ciudades y en las proliferaciones alejadas de los centros de estas ciudades... la vida cotidiana del individuo que corre de su alojamiento a la estación, próxima o lejana, al metro abarrotado, a la oficina o a la fábrica, para por la noche reandar ese mismo camino y volver a su hogar para recuperar fuerzas para proseguir al día siguiente” (LEFEBVRE, 1968:139).

Estas lúcidas reflexiones han ido confirmándose en las décadas siguientes e impactan en la discusión acerca del contenido del derecho a la vivienda. Las nociones ya vistas de de “disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura”, “lugar de la vivienda” y “adecuación cultural” son manifestaciones del derecho a la ciudad.

A nivel europeo debe destacarse como la Carta Urbana Europea, adoptada el 18 de Marzo de 1992, recuerda que «la ciudad ha sido siempre el sitio ideal de encuentro, el entorno donde la vida comunitaria y social es posible y sin la cual, como dijo Thomas Hobbes, la vida es "desagradable, pobre, solitaria, aburrida y corta"» (CPLRE, 1992 §3.1). Este instrumento reconoce, sin embargo, que este ideal frecuentemente no se cumple:

“Numerosas ciudades... son el reflejo exacerbado de una larga gama de dificultades de la sociedad y de dolorosas adaptaciones: decadencia del corazón de las ciudades engendrado por sus habitantes, con privaciones cada vez mayores; deterioro de los centros históricos; densidad de circulación demasiado intensa; polución acústica, atmosférica y del suelo; escasez de viviendas con suficiente calidad; problemas sociales y de salud; falta de respeto sobre diferencias entre generaciones y grupos étnicos; tasa de paro elevada, sobre todo entre los jóvenes; entorno desconocido y extraño; vecindad que se ha vuelto peligrosa e incierta dado el alto nivel de crimen y de delincuencia, esencialmente debido a la droga” (*Ibid.*).

Por ello sostiene un modelo de ciudad en que los “los derechos del hombre sean respetados, defendidos y aceptados por todos los ciudadanos, sin discriminación de sexo, edad, origen, creencias, de situación social, económica, o política, de minusvalía física o mental”, incluyendo el derecho “A una vivienda satisfactoria, bien situada, soleada, con dimensiones y servicios suficientes por un precio razonable y conforme a las normas de anti-polución... A la prevención de enfermedades: espacios verdes u otros, sol, silencio, vegetación, estética.... A hacer compatibles diversas funciones de la vida urbana” (*Ibid.* §3.1). Eso incluye, también, el derecho de los habitantes a tener “la ocasión de exponer libremente sus ideas y de participar en la toma de decisiones,

cuando se trata de la forma urbana de su barrio o de cambios a introducir en él" (*Ibid.* §4.3).

Posteriormente un conjunto de ciudades europeas⁴²¹ suscribió la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad (Saint-Denis, 18 de mayo de 2000), que en su art. I –llamado, precisamente, “Derecho a la ciudad”– señala que “la ciudad es un espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes que tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y ecológica, asumiendo deberes de solidaridad”. Su art. XVI reconoce el “derecho a una vivienda digna, segura y salubre”⁴²² y su art. XIX, el “derecho a un urbanismo armonioso y sostenible”⁴²³.

El último hito que debe reportarse en esta materia es el proyecto de Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, que empezó a elaborarse en el Seminario Mundial por el Derecho a la Ciudad contra la Desigualdad y la Discriminación, realizado durante el II Foro Social Mundial de Porto Alegre (enero de 2002), y que ha sido discutida en diversos foros internacionales. Su preámbulo expresa que este derecho:

“...amplía el tradicional enfoque sobre la mejora de la calidad de vida de las personas centrado en la vivienda y el barrio hasta abarcar la calidad de vida a escala de ciudad y su entorno rural, como un mecanismo de protección de la población que vive en ciudades o regiones en acelerado proceso de urbanización.

⁴²¹ Entre ellas las españolas Alcalá de Henares, Alcobendas, Almería, Badalona, Barcelona, Cerdanyola del Vallès, Donostia-San Sebastián, Esplugues de Llobregat, Gernika-Lumo, Girona, Granollers, Irún, L'Hospitalet de Llobregat, Las Casas de San Juan, Lleida, Madrid, Mollet del Vallès, Móstoles, Sabadell, Santa Coloma de Gramenet, Santa Cruz de Tenerife, Sevilla y Utrera. Sobre la naturaleza de este instrumento puede verse VAQUER, 2003.

⁴²² “1. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a una vivienda digna, segura y salubre. / 2. Las autoridades municipales velan por la existencia de una oferta adecuada de vivienda y equipamientos de barrio para todos sus ciudadanos y ciudadanas, sin distinción por razón del nivel de ingresos. Dichos equipamientos deben comprender estructuras de acogida para los sin techo que garanticen su seguridad y su dignidad, y estructuras para las mujeres víctimas de la violencia, en particular de la violencia doméstica, malos tratos, y para las que intentan salir de la prostitución. / 3. Las autoridades municipales garantizan el derecho de los nómadas a permanecer en la ciudad en condiciones compatibles con la dignidad humana”.

⁴²³ “1. Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a un desarrollo urbanístico ordenado que asegure una relación armoniosa entre el hábitat, los servicios públicos, los equipamientos, los espacios verdes y las estructuras destinadas a los usos colectivos. / 2. Las autoridades municipales ejecutan, con la participación de los ciudadanos y ciudadanas, una planificación y una gestión urbanas que logran el equilibrio entre el urbanismo y el medio ambiente. / 3. En este marco, se comprometen a respetar el patrimonio natural, histórico, arquitectónico, cultural y artístico de las ciudades y a promover la rehabilitación y la reutilización del patrimonio construido, para reducir las necesidades de nuevas construcciones y su impacto sobre el territorio”.

Esto implica enfatizar una nueva manera de promoción, respeto, defensa y realización de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales garantizados en los instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos”.

El proyecto de carta define el Derecho a la Ciudad en su art. I.2 como:

“...el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado. El Derecho a la Ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos”⁴²⁴.

De forma semejante a la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad este proyecto reconoce una serie de derechos a favor de sus habitantes, incluido el derecho a la vivienda definido conforme los desarrollos previos de la ONU (art. XIV)⁴²⁵. Y es que “el derecho a la ciudad es

⁴²⁴ Y luego agrega: “Esto supone la inclusión de los derechos al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias; a fundar y afiliarse a sindicatos; a seguridad social, salud pública, agua potable, energía eléctrica, transporte público y otros servicios sociales; a alimentación, vestido y vivienda adecuada; a educación pública de calidad y la cultura; a la información, la participación política, la convivencia pacífica y el acceso a la justicia; a organizarse, reunirse y manifestarse. Incluye también el respeto a las minorías y la pluralidad étnica, racial, sexual y cultural y el respeto a los migrantes. / El territorio de las ciudades y su entorno rural es también espacio y lugar de ejercicio y cumplimiento de derechos colectivos como forma de asegurar la distribución y el disfrute equitativo, universal, justo, democrático y sustentable de los recursos, riquezas, servicios, bienes y oportunidades que brindan las ciudades. Por eso el Derecho a la Ciudad incluye también el derecho al desarrollo, a un medio ambiente sano, al disfrute y preservación de los recursos naturales, a la participación en la planificación y gestión urbana y a la herencia histórica y cultural”.

⁴²⁵ “1. Las ciudades, en el marco de sus competencias, deben adoptar medidas para garantizar a todos(as) los(as) ciudadanos(as) que los gastos de vivienda sean soportables de acuerdo a sus ingresos; que las viviendas reúnan condiciones de habitabilidad, que estén ubicadas en un lugar adecuado y se adapten a las características culturales y étnicas de quienes las habitan.
2. Las ciudades deben facilitar una oferta adecuada de vivienda y equipamientos urbanos para todos(as) los(as) ciudadanos(as) y establecer programas de subsidio y financiamiento para la adquisición de tierras e inmuebles, de regularización de la tenencia del suelo y de mejoramiento de barrios precarios y ocupaciones informales.
3. Las ciudades deben garantizar a los grupos vulnerables prioridad en las leyes, las políticas y los programas habitacionales y asegurar financiamiento y servicios destinados a la infancia y la vejez.

interdependiente de todos los derechos humanos reconocidos y por lo tanto incluye: los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos” (SÁNCHEZ, 2006), como el derecho:

- al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias;
- a fundar y afiliarse a sindicatos;
- a la seguridad social, la salud pública, el agua potable, la electricidad, el transporte público y otros servicios sociales;
- a la alimentación, el vestido y la vivienda adecuada;
- a la educación pública de calidad y la cultura;
- a la información, la participación política, la convivencia pacífica y el acceso a la justicia;
- a organizarse, reunirse y manifestarse; y
- al respeto a las minorías, la pluralidad étnica, racial, sexual y cultural y los inmigrantes.

Las últimas constituciones sudamericanas han empezado a aludir al derecho a la ciudad o al hábitat. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) aseguró en su art. 82 el derecho *“a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica”* pero agregó, además, que aquella debía contar *“con servicios básicos*

4. Las ciudades deben incluir a las mujeres en los documentos de posesión y propiedad expedidos y registrados, independientemente de su estado civil, en todas las políticas públicas de distribución y titulación de tierras y viviendas que se desarrollen.

5. Las ciudades deben promover la instalación de albergues y viviendas sociales de alquiler para mujeres víctimas de violencia familiar.

6. Todos(as) los(as) ciudadanos(as), en forma individual, en pareja o en grupo familiar sin hogar tienen derecho a exigir de las autoridades la efectiva implementación del derecho a la vivienda adecuada de forma progresiva y mediante aplicación de todos los recursos disponibles. Los albergues, los refugios y el alojamiento de cama y desayuno podrán ser adoptados como medidas provisionales de emergencia, sin perjuicio de la obligación de proveer una solución de vivienda definitiva.

7. Toda persona tiene derecho a la seguridad de tenencia de su vivienda por medio de instrumentos jurídicos que la garanticen y derecho a protección frente a desalojos, expropiaciones o desplazamientos forzados o arbitrarios. Las ciudades deben proteger a los inquilinos de la usura y los desalojos arbitrarios, regulando los alquileres de inmuebles para habitación de acuerdo a la Observación General N° 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.

8. Las ciudades deben reconocer como interlocutores directos a las organizaciones y movimientos sociales que reivindican y trabajan por hacer efectivos los derechos vinculados a la vivienda contenidos en esta carta. Muy especial atención, impulso y apoyo deberán dar a las organizaciones de personas vulnerables y en situación de exclusión, garantizando en todos los casos la preservación de su autonomía.

9. El presente artículo será aplicable a todas las personas, incluyendo familias, grupos, ocupantes sin títulos, sin techo y a aquellas personas o grupos de personas cuyas circunstancias de vivienda varían, en particular los nómadas, los viajeros y los romaníes”.

esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias”, con lo que el hábitat o entorno pasa a integrar el concepto de vivienda. Añade luego que “La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos” y termina declarando que el Estado priorizará “a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas”.

La Constitución ecuatoriana de 2008 dedica varios de sus 444 artículos a este tema y profundiza el tema del hábitat. En efecto, su art. 30 consagra el derecho de las personas *“a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica”* —reiterándose luego la referencia a la vivienda tratándose de colectivos específicos, como los adultos mayores (art. 37 N° 7), los jóvenes (art. 39) y los discapacitados (art. 47, inc. 2° N°6), como parte del derecho a una vida digna (art. 66 N° 2) y como ámbito del sistema nacional de inclusión y equidad social (art. 340)—. El siguiente artículo positiviza el derecho a la ciudad:

“Artículo 31.- Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía”.

Se trata del primer texto constitucional en agregar esta referencia. Prohíbe, además, los desplazamientos arbitrarios (art. 42) y detalla las obligaciones del Estado en su arts. 375 y 376. Este último contiene una expresa interdicción de la especulación, en la línea del art. 47 de la CE⁴²⁶. Como afirma PISARELLO:

⁴²⁶ **Art. 375.-** El Estado, en todos sus niveles de gobierno, garantizará el derecho al hábitat y a la vivienda digna, para lo cual:

1. Generará la información necesaria para el diseño de estrategias y programas que comprendan las relaciones entre vivienda, servicios, espacio y transporte públicos, equipamiento y gestión del suelo urbano.
2. Mantendrá un catastro nacional integrado georreferenciado, de hábitat y vivienda.
3. Elaborará, implementará y evaluará políticas, planes y programas de hábitat y de acceso universal a la vivienda, a partir de los principios de universalidad, equidad e interculturalidad, con enfoque en la gestión de riesgos.
4. Mejorará la vivienda precaria, dotará de albergues, espacios públicos y áreas verdes, y promoverá el alquiler en régimen especial.
5. Desarrollará planes y programas de financiamiento para vivienda de interés social, a través de la banca pública y de las instituciones de finanzas populares, con énfasis para las personas de escasos recursos económicos y las mujeres jefas de hogar.
6. Garantizará la dotación ininterrumpida de los servicios públicos de agua potable y electricidad a las escuelas y hospitales públicos.

“Todos estos derechos y principios se ejercen en el marco de dos principios centrales de la nueva iniciativa constituyente: el principio de interculturalidad y plurinacionalidad y el de sostenibilidad ambiental. Los derechos habitacionales, en efecto, se consagran en el marco de un Estado que, además de social y democrático, se define como intercultural, plurinacional y laico (artículo 1). Como consecuencia de ello, el derecho a la ciudad aparece estrechamente vinculado al equilibrio entre lo urbano y lo rural, así como al derecho a la tierra y al territorio de las diferentes comunidades, nacionalidades y pueblos que componen el Estado (indígenas, afroamericanos, montubio) (artículos 36 y 57)” (PISARELLO, 2008)⁴²⁷.

El último caso que puede mencionarse es el de la Constitución boliviana, también de 2008, que declara en su art. 19 el *“derecho a un hábitat y vivienda adecuada, que dignifiquen la vida familiar y comunitaria”* (I). Para ello el Estado debe promover, en todos sus niveles de gobierno, *“planes de vivienda de interés social, mediante sistemas adecuados de financiamiento, basándose en los principios de solidaridad y equidad. Estos planes se destinarán preferentemente a familias de escasos recursos, a grupos menos favorecidos y al área rural”* (II). El artículo 20 establece el derecho *“al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones”* (I), calificándose a los dos primeros como *“derechos humanos”* que *“no son objeto de concesión ni privatización”* (III). Luego califica a la vivienda como parte del régimen de la seguridad social (art. 45.III).

7. Asegurará que toda persona tenga derecho a suscribir contratos de arrendamiento a un precio justo y sin abusos.

8. Garantizará y protegerá el acceso público a las playas de mar y riberas de ríos, lagos y lagunas, y la existencia de vías perpendiculares de acceso.

El Estado ejercerá la rectoría para la planificación, regulación, control, financiamiento y elaboración de políticas de hábitat y vivienda.

Art. 376.- Para hacer efectivo el derecho a la vivienda, al hábitat y a la conservación del ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de acuerdo con la ley. Se prohíbe la obtención de beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso del suelo, en particular por el cambio de uso, de rústico a urbano o de público a privado.

⁴²⁷ Y añade: “El texto ecuatoriano es igualmente original en su reconocimiento de la naturaleza o Pacha Mama como sujeto de derechos (artículos 71-74). Este reconocimiento conecta el ejercicio de los derechos habitacionales con obligaciones específicas como las de prevenir el daño ambiental, recuperar los espacios naturales degradados, promover el uso de tecnologías no contaminantes y de bajo impacto, o no alcanzar la soberanía energética en detrimento de la soberanía alimentaria o del derecho de todos al agua (artículo 15). / Todas estas disposiciones, por último, aparecen apuntaladas por un complejo y rico sistema de garantías, que incluye la plena justiciabilidad de todos los derechos, sin distinción (artículo 11.3), el reconocimiento de diferentes mecanismos de democracia directa (103-107), la consagración de presupuestos participativos (artículo 100) e incluso la admisión del derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones, públicas o privadas, que puedan vulnerar derechos constitucionales (artículo 98)” (*Ibíd.*).

3.1.2. El derecho a la vivienda en el ordenamiento español: un principio rector de la política social y económica.

a) Los principios rectores de la política social y económica.

Como es bien sabido, la CE incorporó en su Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”) un capítulo tercero denominado “Principios rectores de la política social y económica” (arts. 39 a 52). Como el derecho a la vivienda se inserta en él es necesario partir con una somera revisión de esta categoría, que se distingue de los derechos contenidos en las dos secciones del capítulo anterior porque el art. 53.3 sólo garantiza que:

“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

En otras palabras, estos derechos o bienes jurídicos no pueden ser tutelados a través del recurso de amparo y su regulación ni está sujeta a reserva legal ni debe respetar su contenido esencial, al menos en principio, todo lo cual ha llevado a decir que este capítulo no contendría derechos fundamentales (CRUZ V., 1999:29). Se trataría, más bien, de “objetivos que deben perseguir los poderes públicos y, en definitiva, directrices para el legislador” que tendrían igualmente “la fuerza normativa mínima de cualquier precepto constitucional, a saber... operar como canon de constitucionalidad de las leyes” (DÍEZ-PICAZO G., 2003:62, en sentido semejante GARRIDO F., 2001:986). Cabe hacer notar que el contenido del capítulo III es heterogéneo (BALAGUER C., 1999:239): en él encontramos derechos expresamente enunciados como tales (p. ej., el derecho a una vivienda digna y adecuada, art. 47), deberes (p. ej., el de conservar el medio ambiente, art. 45), mandatos al legislador (p. ej., regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, art. 47), garantías institucionales (como la familia, art. 39) o principios directrices, incompletos en sus medios o efectos (p. ej., promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica, art. 40.1).

La eficacia de los derechos que se identifican en este capítulo es, evidentemente, menos vigorosa que la de los contenidos en el capítulo segundo. No son derechos subjetivos directamente exigibles sino que:

“...serán las leyes las que concretarán su alcance y regularán su pormenor y, con ese contenido obligacional, esto es, desde el plano legal y con ese fundamento

constitucional, podrán ser exigidos entonces ante la jurisdicción” (BALAGUER C., 1999:240).

En otras palabras, su contenido concreto se remite a los sucesivos legisladores democráticos porque el texto constitucional sencillamente renunciaría a garantizar un contenido concreto remitiendo éste, a fin de cuentas, al debate político-presupuestario de cada Gobierno (BASSOLS C., 1988:101). Por eso se ha dicho que:

“...sólidas razones de prudencia constitucional justifican que el constituyente tendiera a configurar como meras directrices al legislador aquellos objetivos sociales y culturales cuya plena efectividad depende de las disponibilidades financieras. Téngase en cuenta que la invocabilidad directa de la mayor parte de las previsiones del mencionado Capítulo II conduciría a un resultado perverso y absurdo: la determinación del gasto público correspondería a los jueces; y ello no sólo sería antidemocrático, sino incompatible con una gestión mínimamente eficiente de la Hacienda pública” (DÍEZ-PICAZO G., 2003:63).

DE OTTO y P. ancla una concepción semejante en el principio democrático, pues califica a los principios rectores de la política social y económica como normas de programación final, que no prescriben respuestas a una situación de hecho sino el logro de un resultado determinado. Por ello no entregan una “indicación inequívoca de la conducta a realizar por quien debe perseguirlo” (DE OTTO y P., 1999:43). Los medios serían definidos por el legislador con una alta dosis de discrecionalidad, pues el principio democrático reclama:

«...reducir al mínimo el contenido vinculante de la Constitución en aquello que no sea necesario para el aseguramiento de la democracia misma. Frente a la idea de que la Constitución prefigura un orden que los poderes del Estado han de “realizar” o “desarrollar”, el propio respeto a la Constitución como norma exige partir del principio inverso de que la Constitución ha de mantenerse abierta a configuraciones distintas” (DE OTTO y P., 1999:47).

La misma limitación correría para los jueces y el Tribunal Constitucional, que no podrían entrar a sustituir al legislador enjuiciando, por ejemplo “si una ley es o no adecuada a fin de procurar a todos una vivienda digna” o declarando, en “ausencia de de norma legal... el derecho de alguien a una vivienda digna” (DE OTTO y P., 1999:48-9).

¿Qué utilidad tendrían estos principios, entonces? Por un lado, vincularían al legislador como destinatario directo del art. 53.3, al ser quien configura los derechos contenidos en este capítulo debiendo reconocerlos, respetarlos y protegerlos (de cara tanto al art. 53.3 como también al art. 9.1 CE) y no perjudicarlos (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2009:1188). De ser infringidos por el legislador cabría la declaración de inconstitucionalidad de la norma, pues el art. 53.3:

«...no quiere decir, aunque lo parezca, que el legislador sea absolutamente libre para interpretar y hacer aplicación a su arbitrio de tales principios; una declaración tan grave debería haber figurado para ser efectiva como un límite a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de desarrollo de tales principios, y esa limitación no consta en los artículos 161.1.a), 163 y 164... quizás convenga recordar aquí los oportunos términos de una decisión del Tribunal Supremo norteamericano (caso *Trop v. Dullles*, 1958): *“The provisions of the Constitution are not time-worn adages or hollow shibboleths. They are vital, living principles that authorize and limit governmental powers in our Nation. They are the rules of government. When the constitutionality of an Act of Congress is challenged in this Court, we must apply those rules. If we do not, the words of the Constitution become little more than good advice”* (“Las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del gobierno de nuestra nación. Son regulaciones de gobierno. Cuando la constitucionalidad de una Ley del Congreso se plantea ante este Tribunal, debemos aplicar dichas regulaciones. Si no lo hiciésemos, las palabras de la Constitución vendrían a ser poco más que buenos consejos”) Desde una concepción sustancial de la Constitución será imposible entender otra cosa: no existen en la Constitución declaraciones (sean inoportunas u oportunas, felices o desafortunadas, precisas o indeterminadas) a las que no hay que dar valor normativo y sólo su contenido concreto podrá precisar en cada caso el alcance específico de dicho valor en cuanto a sus efectos» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1981:70-71).

Lo anterior ha sido reconocido explícitamente por el TS (incluida la referencia al caso *Trop v. Dullles*) en sus SsTS de 9 de mayo de 1986 y 25 de abril de 1989 (Cfr. PONCE S., 2008:81). En una línea semejante se ha pronunciado incluso el TC, como recuerda PÉREZ R. (2000:607) citando la STC 45/1989, de 20 de febrero, que considera *improbable y no imposible* que una norma legal pudiera ser considerada inconstitucional por omisión respecto de uno de los principios rectores:

“...hay que reconocer, en primer término, que la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género (cf., por ejemplo, nuestra STC 155/1987), ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida” (FJ 4).

Además de lo anterior, estos principios serían “mandatos de optimización”, en la jerga de ALEXY (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2009:1190), esto es, “...normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (ALEXY, 2007[1986]:67)⁴²⁸. Ello los transforma en elementos a valorar al aplicar la técnica de la ponderación de derechos y, en general, al interpretar el orden jurídico (DÍEZ-PICAZO G, 2003:63), reduciendo el ámbito de discrecionalidad del legislador. En esta misma línea estos principios entrarían a lidiar en la delimitación de los propios derechos fundamentales:

“Pese, pues, al contenido del art. 53.3 o, precisamente, en virtud del mismo, los principios analizados son de extraordinaria importancia en la descripción del sistema económico de nuestra Constitución. Y de ellos derivan consecuencias directas y limitadoras de los derechos individuales en que aquél se asienta. Así los derechos al trabajo, a la libertad de empresa y a la propiedad pueden verse intensamente limitados por los principios de redistribución de la renta; de pleno empleo; de seguridad e higiene en el trabajo; del descanso adecuado; de establecimiento y conservación de un medio ambiente adecuado; de utilización racional de todos los recursos naturales; de conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico y de utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, de defensa y protección de los consumidores y usuarios, etc.” (ENTRENA C., 1989:20).

Lo dicho no impediría al legislador reducir los niveles de protección de estos derechos. La mayoría de la doctrina estima que la CE no consagra el deber de no regresividad (p. ej. BALAGUER C., 1999:241⁴²⁹ y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2009:1190), pero parece aplicable la postura ya vista en relación al PIDESC, esto es, que no se trata de prohibir todo retroceso sino, más bien, de exigir que éstos no puedan producirse sin una justificación adecuada y suficiente⁴³⁰.

⁴²⁸ Y agrega: “...los principios son mandatos de optimización... que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y porque la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos...” (ALEXY, 2007[1986]:68).

⁴²⁹ Este autor señala que ello “...chocaría con las exigencias de afirmación plena del principio democrático y del pluralismo político, porque impediría el mantenimiento de la consustancial apertura de todas las opciones y posibilidades políticas en el orden económico y social dentro del marco constitucional... No obstante, el respeto de los principios que son inherentes al Estado social obligaría a considerar la necesidad de garantizar —dejando a salvo la eventual aparición de circunstancias muy excepcionales que lo impidiesen— los contenidos sustanciales mínimos o estándares alcanzados en el progresivo desarrollo y afianzamiento de estas medidas” (*Ibid.*).

⁴³⁰ Supra Capítulo 2, apartado 3.1.1.a).

b) El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada en el ordenamiento español

El art. 47 CE reconoce el derecho a la vivienda en los siguientes términos:

“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

Como ya dijimos este artículo forma parte de los “principios rectores de la política social y económica” garantizados por la CE. Sin embargo, en este caso el constituyente enfáticamente encarga a los poderes públicos **“hacer efectivo este derecho”** promoviendo las “condiciones necesarias” y estableciendo las “normas pertinentes” para ello y, en paralelo, “regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

La doctrina está conteste en que la CE no garantiza el derecho a obtener materialmente una vivienda en uso y disfrute como prestación *in natura* (BASSOLS C., 1996:318, GONZÁLEZ P., 2008b:23-33). Se ha dicho que al no tratarse de una “prestación concreta y específica”, ni existir un servicio público establecido con tales fines esto no sería factible ni podría accionarse ante Tribunales para exigirla. La obligación de los poderes públicos sería de medios y no de resultado:

“A lo que los poderes públicos están compelidos es a promover las condiciones necesarias para que todo español pueda disfrutar de una vivienda digna y adecuada. El fin de las actividades públicas en este sector es conseguir la efectividad de ese disfrute, pero su contenido no consiste en materializar el uso y disfrute. La Constitución española exige de los poderes públicos una ordenación normativa...” (GÁLVEZ M., 2001:929).

En otras palabras, el artículo 47 exigiría una intervención administrativa consistente con su contenido en el ámbito de las diversas políticas públicas relacionadas con él, como la de vivienda, la urbanística o la de ordenación del territorio. Así, sería una norma programática “...que tiene por objeto ordenar a los distintos poderes públicos que adopten las medidas necesarias (fundamentalmente legislativas) con el objeto de que todos los ciudadanos puedan acceder a una vivienda digna y adecuada” (IGLESIAS G., 2000:51). PONCE S. ha sugerido un paralelo entre el artículo 47 y el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, pues a propósito de este último la doctrina entiende que existen obligaciones de medio y no de resultado —acudiendo a la distinción que se hace en el derecho de las obligaciones entre las de medio y las de resultado— lo que también debiese

aplicarse al artículo 47. Coincidiendo con que no puede derivarse de esta norma un derecho a tener en propiedad una vivienda y un deber correlativo de hacer de parte del Estado advierte que si deben derivarse obligaciones de medio: “de no hacer (respetar, esto es, no vulnerar, exigible por igual a sujetos públicos y privados) y de hacer (reconocer, proteger y promover)”:

“Lo que se deriva del art. 47 leído en su literalidad e interpretado sistemáticamente con el art. 53.3, primera parte, CE es la existencia de una clara serie de prestaciones a efectuar por los poderes públicos; tanto de no hacer (no vulnerar el derecho, esto es, respetarlo, lo que también alcanza a los privados, como se razonará), como de hacer. Entre éstas se encuentran... dos prestaciones de hacer vinculadas con el desarrollo de las normas, una general (normas «pertinentes» para «hacer efectivo este derecho»), otra más específica vinculada a la regulación de «la utilización del suelo de acuerdo al interés general para impedir la especulación», y una prestación de hacer de carácter no normativo y amplia (promover «las condiciones necesarias [...] para hacer efectivo este derecho»)” (PONCE S., 2008:84).

IGLESIAS G. proyecta estos deberes en las siguientes técnicas de intervención administrativa: en la protección de la promoción y adquisición de viviendas; en la promoción directa de de viviendas por parte de las Administraciones Públicas; en la protección pública a la rehabilitación de viviendas y, por último, en la promoción de suelo para la construcción de viviendas protegidas (IGLESIAS G., 2000:63-82). GONZÁLEZ P. revisa las consecuencias del art. 47 sobre el planeamiento urbanístico, la ejecución de éste, la edificación y la extinción de la vivienda (GONZÁLEZ P., 2008b).

Una de las principales normas dictadas a nivel estatal en cumplimiento de este mandato es el art. 4 a) del TRLS 2008, que reconoce el derecho de todos los ciudadanos a:

“Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados”.

Esta norma añade al carácter digno y adecuado de la vivienda la accesibilidad que, según PAREJO A., es tanto un concepto físico como económico conforme al cual la vivienda “pueda ser comprada a un precio proporcionado a la capacidad económica del sujeto” (PAREJO A. y ROGER F., 2008:141). Con todo, se critica que este artículo agregaría poco al contenido del art. 47 CE. Sería un “mandato dirigido al legislador autonómico” y “...un simple recordatorio redundante, pues no hay ley urbanística que no recoja entre sus objetivos la facilitación del acceso a la vivienda” (BAÑO L., 2009:170). Sin embargo, no debe olvidarse que, como ya

indicamos, su inclusión expresa la filosofía de la LS 2007 y el TRLS 2008 en cuanto a definir —según reza su exposición de motivos— “tres estatutos subjetivos básicos que cabe percibir como tres círculos concéntricos” en relación al suelo y la vivienda. El primero y más genérico correspondiente a la ciudadanía en general e incluye los derechos y deberes de orden socio-económico y medioambiental que tiene “toda persona con independencia de cuáles sean su actividad o su patrimonio”. Los demás círculos, en cambio, sólo se refieren a ciertas personas: aquéllas que ejerzan la libertad de empresa a través de la actividad urbanística (urbanización y edificación) —segundo círculo— y los propietarios de suelo —tercer círculo—, con lo que se:

“...expresa una jerarquía de valores, derechos y fines, que da prioridad a los derechos y deberes ciudadanos —entre ellos el de disfrute de una vivienda digna (art. 4.2)—, a cuya realización se aplica la iniciativa privada habilitada para la construcción o edificación (art. 6), que forma parte de las facultades del derecho de propiedad (art. 8)” (ALLÍ A. y ALLÍ T., 2008:245).

Dicho de otro modo, la Ley viene a decir algo que puede parecer obvio pero que hasta entonces no se había expresado formalmente: la ordenación del suelo no es sólo la regulación de una actividad económica sino que es, primero y ante todo, la regulación del crecimiento urbano de cara a los derechos que el legislador le reconoce a las personas que utilizan o utilizarán los proyectos inmobiliarios que lo van generando, y que constituyen condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE).

Poco más que esa inspiración puede exigirse al legislador estatal pues la verdadera implementación del art. 47 compete al legislador autonómico, como no podía ser de otra manera de cara a la interpretación dada a los art. 149.1.1 CE y 148.1.3 por la STC 61/1997, de 20 de marzo. Para esto diversas leyes autonómicas tienden “a configurar a la vivienda como un auténtico derecho subjetivo en el marco de la vivienda protegida” (BAÑO L., 2009:170). Entre ellas destacan la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda⁴³¹, la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja⁴³², la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida de Aragón⁴³³ y la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía ⁴³⁴. También pueden mencionarse iniciativas en curso como el Anteproyecto navarro de Ley Foral del Derecho a la Vivienda, que viene a

⁴³¹ BOE núm. 50, de 27.02.2008.

⁴³² BOE núm. 76, de 29.03.2007.

⁴³³ BOE núm. 14, de 16.01.2004.

⁴³⁴ BOE núm. 77, de 30.03.2010.

implementar el compromiso adoptado en la Ley Foral 9/2008, de 30 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra, por reformar y profundizar Ley Foral 8/2004, de 24 de junio, de protección pública a la vivienda en Navarra. También debe apuntarse el frustrado Proyecto vasco de Ley de garantía del derecho ciudadano a una vivienda digna que decayó debido al cambio de legislatura de 2009.

3.1.3. El derecho a la vivienda en el ordenamiento chileno

a) Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución chilena de 1980.

La regulación constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales en Chile evidencia su fragilidad desde el primer análisis. La CPR no incluye todos los derechos que suelen agruparse bajo este rótulo ni extiende el amparo de derechos fundamentales —denominado “recurso de protección” — a los que reconoce, como el derecho a la salud (art. 19 N°9, donde sólo se cautela vía protección el derecho a elegir entre un sistema de salud privado o público) o a la educación (art. 19 N°10). La comisión redactora del texto constitucional estimaba que esta acción cautelar no podía extenderse:

“...a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen para su debida satisfacción de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social, etc.”; el recurso judicial debía restringirse a derechos cuyo ejercicio “...exige únicamente que él no sea perturbado por la conducta ilegítima de la autoridad o de un particular...”, de modo que la remoción judicial de aquella “...basta para que el titular del derecho pueda disfrutar adecuadamente de él” (CENC, 1981[1978]:235).

Incluso uno de los principales redactores de la CPR —el profesor Jaime Guzmán E.— consideraba que en estos casos era inapropiada la denominación de “derechos”:

“En un sentido propio y estricto, creo preferible reservar el concepto de Derecho a aquellas facultades para cuyo ejercicio, por su titular, sólo se requiere que un tercero —sea la autoridad o un particular— no se lo impida o coarte... Distinto es el caso de las pretensiones o aspiraciones sociales, cuya denominación como «derecho» (a la salud, a la vivienda, a la educación, etc.) resulta más bien equívoca,

porque sus posibilidades de vigencia dependen de la capacidad económica de cada sociedad y mal podría, por ende, recabarse de un tribunal de justicia” (ROJAS, ACHURRA y DUSSAILLANT, 1996:148)⁴³⁵.

Este enfoque hace que el catálogo de derechos contenido en la CPR se sitúe cómodamente en la esfera de los llamados derechos de primera generación, vale decir, los derechos o libertades civiles y políticos individuales que consisten en libertades negativas que exigen del Estado no interferir en ellas y garantizar la no interferencia de terceros. Estos serían los derechos *stricto sensu*, de carácter absoluto (MARTÍNEZ E., 1997:133-5). En cambio, resulta parca cuando se trata de avanzar a los DESC, en un claro retroceso respecto del estatus previo que en el plano jurídico habían alcanzado los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴³⁶ (aunque éste no se hubiese traducido necesariamente al plano fáctico).

Cabe señalar que la marcada diferencia que hace la CPR entre ambas categoría de derechos ha sido cuestionada por la doctrina, que se esfuerza en demostrar que también los derechos económico sociales son justiciables cuando se les lesiona directamente o se omiten las prestaciones que reclaman (p. ej. JORDÁN, 2007). Un signo en esta línea es el proyecto para reformar la Constitución presentado por el Gobierno que establece como deber del Estado velar por la calidad de la educación, exigir que el legislador determine “los mecanismos básicos para asegurar la calidad de la educación” y permitiendo el recurso de protección cuando este derecho “sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona

⁴³⁵ Y sigue: “Pienso que llamar derecho a lo que son aspiraciones –muy legítimas, nobles y justas- pero que no siempre se pueden satisfacer aunque haya la mejor voluntad del realizarlo, presenta el riesgo de que todo Estado y todo Gobierno sea acusado por ello de no respetar los derechos humanos, privando entonces al juicio de todo valor efectivo...”. Conviene señalar que este texto corresponde a la transcripción y edición de apuntes tomados en las clases universitarias del profesor Guzmán, quien desgraciadamente fue asesinado en un atentado político a poco de reestablecerse la democracia, en 1991. Sobre el rol de Guzmán en la dictadura militar puede verse HUNEEUS, 2002:327-387.

⁴³⁶ La reforma introducida por la Ley N° 17.398, de 30.12.1970, a la Constitución de 1925 agregó dos derechos al catálogo de garantías constitucionales. Primero, el art. 10 N°16 dispuso, en su inc. 2º, que “El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la **satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas**, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional”. Segundo, el art. 10 N°17 aseguró “El derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional. **El Estado deberá remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y grupos**, y garantizará y promoverá su acceso a todos los niveles de la educación y la cultura y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley”.

determinada” (Boletín Nº4.222-07, 06.06.2006, si bien debe consignarse que su tramitación está paralizada).

Probablemente la señal más vigorosa en esta materia ha sido la reciente STCCh 976/2008, al afirmar que:

«...poner en duda su “practicabilidad” de realización [la de los DESC], es una idea confusa, porque esa “reserva de lo posible” lleva a sostener que la Constitución ha de ser “desactivada”, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización» (considerando vigésimo séptimo).

b) El derecho a una vivienda adecuada en Chile.

Con todo lo dicho no resulta extraño que la CPR omita en su texto toda referencia explícita en torno al tema de la vivienda y el urbanismo, a diferencia de lo que ocurre en la CE y numerosos países latinoamericanos como Argentina (art. 14 bis), Bolivia (art. 158.2), Colombia (art. 51), Costa Rica (art. 65), México (art. 4º), Uruguay (art. 45) o Venezuela (art. 82). Esta omisión del constituyente chileno hace que el punto de partida de los ordenamientos chileno y español frente al problema de la vivienda sea distinto, y eso sin siquiera asomarnos al problema de las plusvalías urbanísticas que –como es de imaginar– el texto chileno no aborda. Sin embargo, que no exista una garantía directamente relacionada con la vivienda en el catálogo de derechos garantizados expresamente por la CPR no quiere decir que estemos ante un tema indiferente para el Derecho constitucional chileno.

No lo es porque tras la reforma constitucional aprobada por la Ley Nº 18.825 (D.O. 17.08.1989) el art. 5, inc. 2º, CPR pasó a disponer que los órganos del Estado deben respetar y promover los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” garantizados por la Constitución —y aquí está lo importante para nuestros efectos—, “...así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esta última oración permite que el Derecho internacional de los Derechos humanos se integre a la CPR y que su contenido no sólo no deba infringirse –como indica el verbo “respetar”, que denota un deber de abstención–; debe, además, fomentarse –como señala el verbo “promover”, que reclama la realización de acciones positivas–. En el caso del acceso a la vivienda esto abre paso a una serie de instrumentos internacionales ratificados por Chile que lo reconocen, como el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10.12.1948)⁴³⁷, el art. 11.1 del Pacto Internacional sobre Derechos

⁴³⁷ “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, **la vivienda**, la

Económicos, Sociales y Culturales (19.12.1966)⁴³⁸ o el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José— (22.11.1969), en relación con el art. 34 k) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948⁴³⁹ (ONU, 2001:6-8). Todo esto sin considerar que, además, el acceso a una vivienda constituye un presupuesto casi necesario para el disfrute de otras garantías directamente reconocidas en la CPR, como el derecho a la intimidad (arts. 18 CE y 19 N^{os} 4 y 5 CPR). En consecuencia, puede sostenerse que en Chile los poderes públicos deben respetar y promover el derecho de las personas a tener una vivienda adecuada.

La suscripción de los instrumentos internacionales citados hace que también en Chile sea pertinente delimitar el contenido de este derecho revisando la interpretación del art. 11.1 del PIDESC por parte del CESCR.

Pese a todo lo señalado debe admitirse que aunque Chile cuenta con una legislación en materia urbanística y de vivienda que ha permitido a la Administración desarrollar una intensa política de vivienda (supra capítulo 1, 3.2.5.b.iv) no ha estructurado ésta partiendo de la base de la existencia de un derecho a la vivienda sino, más bien, ha aprobado estas normas como parte de las que caben dentro de la amplia libertad de configuración que tiene el legislador,

asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

⁴³⁸ “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y **vivienda adecuados**, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. El Pacto fue ratificado por Chile (D.O. 27.05.1989).

⁴³⁹ Conforme al art. 34 k) de la Carta de la O.E.A. (suscrita en 1948 y reformada en 1985, 1992 y 1993) los Estados miembros de esta Organización “convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: ... k) **Vivienda adecuada** para todos los sectores de la población;” (reforma ratificada por Chile, D.O. 11.01.1995). El Pacto de San José (ratificado por Chile, D.O. 05.01.1991), en su art. 26, compromete a los Estados parte “...a adoptar providencias... para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos... en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Esta en trámite de aprobación (Boletín N^o 4087-10, 24.10.2005) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado “Protocolo de San Salvador” (adoptado en San Salvador el 17.11.1988 y suscrito por Chile el 05.06.2001), pero en él no hay novedades relativas al acceso a la vivienda.

dotando además a la Administración de importantes facultades discrecionales, como tendremos ocasión de revisar.

3.2. El derecho a un desarrollo urbano sostenible.

3.2.1. El derecho a un medio ambiente adecuado.

a) El Derecho al medio ambiente en los ordenamientos constitucionales.

La conservación del medio ambiente ha pasado en poco tiempo a constituirse en un bien jurídico de la mayor importancia. Hasta la década de 1970 las Constituciones no lo contemplaron salvo excepciones, como la de Hungría, de 1949, que en su artículo 18 reconoció y amparó “el derecho de todos a un entorno saludable”, o la de Polonia, de 1952, que en su artículo 71 garantizó el “derecho al aprovechamiento de los valores del ambiente natural y el deber de defenderlos”. También pueden mencionarse otras referencias genéricas como las del art. 9º de la Constitución Italiana, que encarga a la República salvaguardar el paisaje.

Durante la década de 1960 se inició una progresiva toma de conciencia en esta materia, que llevará en Estados Unidos a dictar en 1969 la *National Environmental Policy Act* («NEPA», 42 USC 4321-4370), la Ley Federal más importante en materia de medio ambiente, que Sec. 101 c) reconoce que cada persona “debe disfrutar de un ambiente saludable” y tiene, también “la responsabilidad de contribuir a la preservación y mejora del medio ambiente”, estableciendo el sistema de evaluación de impacto ambiental.

Pocos años después, el informe del Club de Roma “Los límites del crecimiento” (MEADOWS, *et. al.*, 1972) advirtió que la producción industrial y agrícola mundial colapsaría hacia el año 2000 de no detenerse el ritmo de consumo de recursos entonces existente. La crisis del petróleo de 1973 demostraría la extrema dependencia que respecto de este combustible tenía el modelo de desarrollo

económico. En esa misma época la “Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano” de 1972⁴⁴⁰ señalaba en el primero de sus 26 principios que:

“El Hombre tiene el derecho fundamental a... el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras...”.

En esa misma década las constituciones de Grecia y Portugal se hacen eco de esta tendencia. La primera, de 1975, obliga al Estado en su art. 24.1 a proteger el "ambiente natural y cultural" a través de la adopción de "medidas especiales, preventivas o represivas, con vistas a la conservación de aquél" y, expresamente, prevé la proyección urbanística de lo anterior, al sujetar a regulación estatal "...la ordenación del territorio, la formación, el desarrollo, el urbanismo y la extensión de las ciudades y de las regiones urbanizables en general, con objeto de garantizar la funcionalidad y el desarrollo de las aglomeraciones y las mejores condiciones de vida posibles" (art. 24.2)⁴⁴¹. La Constitución portuguesa de 1976, a su turno, establece en su art. 66 que:

“1. Todos tendrán derecho a un ambiente humano de vida, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo.

2. Corresponde al Estado, mediante órganos propios y la apelación a iniciativas populares:

a) Prevenir y controlar la polución y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión;

⁴⁴⁰ Esta declaración es el resultado de la conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano realizada en Estocolmo entre el 5 y el 16 de junio de 1972.

⁴⁴¹ Conviene transcribir los numerales 3 a 6 del art. 24, también relacionados con el urbanismo: “3. Antes del reconocimiento de una zona como área urbanizable y con vistas a su urbanización efectiva las propiedades comprendidas en ella estarán obligadas a contribuir obligatoriamente, y sin derecho a indemnización por parte de los organismos implicados, a la disposición de los terrenos necesarios para la realización de las vías, plazas y demás espacios de uso o de interés público, así como a los gastos necesarios para la ejecución de las obras de infraestructura urbana, conforme a lo que la ley disponga. / 4. La ley podrá prever la participación de los propietarios de un área caracterizada como zona urbanizable en la promoción y la ordenación general de aquélla, con arreglo a un plan de urbanismo debidamente aprobado. A cambio de esta participación los propietarios de los terrenos cedidos recibirán inmuebles o pisos de valor igual entre los terrenos que hayan de construirse o los edificios previstos en la zona. / 5. Serán aplicables asimismo las disposiciones de los párrafos anteriores a la remodelación de las zonas urbanas existentes. Los terrenos que queden libres serán destinados a la creación de espacios públicos o serán vendidos para cubrir la financiación de la nueva ordenación, conforme a lo que la ley disponga. / 6. Quedan bajo la protección del Estado los monumentos, así como los lugares históricos y sus elementos. La ley fijará las medidas restrictivas de la propiedad que sean necesarias para la realización de esta protección, así como las modalidades y la naturaleza de la indemnización a los propietarios afectados”.

- b) Ordenar el espacio territorial de forma tal que resulten paisajes biológicamente equilibrados;
 - c) Crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como clasificar y proteger paisajes y lugares, de tal modo que se garantice la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico;
 - d) Promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica.
3. Todo ciudadano perjudicado o amenazado en el derecho a que se refiere el número 1 podrá pedir, con arreglo a lo previsto en la ley, la cesación de las causas de violación del mismo y la correspondiente indemnización.
4. El Estado deberá promover la mejora progresiva y acelerada de la calidad de vida de todos los portugueses”.

El art. 52.3 complementa lo anterior con un derecho de acción popular regulado por la ley, especialmente para “...promover la prevención, la cesación o la persecución judicial de las infracciones contra... la degradación del ambiente y de la calidad de... así como de requerir para el daño o daños la correspondiente indemnización”.

Como sabemos, el art. 45 de la CE se unirá a este grupo y lo mismo ocurre con el art. 19 N° 8 de la CPR y otros ordenamientos constitucionales iberoamericanos, como los artículos 225 de la Constitución brasileña de 1988, 79 de la Constitución colombiana y 41 de la Constitución argentina.

También existen ordenamientos constitucionales que han sido modificados para incorporar al medio ambiente como un bien jurídico de relevancia constitucional. Un ejemplo es el alemán que lo incorpora en 2004 con un nuevo artículo, el 20A, sobre “Protección de los fundamentos naturales de la vida”:

“El Estado protegerá, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”.

Esta tendencia se ha extendido de la mano de la cada vez mayor conciencia medioambiental en todas las sociedades, inevitable ante fenómenos como el adelgazamiento de la capa de ozono o el calentamiento global. El art. 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000⁴⁴², sobre “Protección del medio ambiente”, establece que “Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”. Con ello no hace sino recoger lo que ya decía el antiguo artículo 6 del TCE —introducido por el Tratado

⁴⁴² DOUE 364, de 18.12.2000.

de Amsterdam, de 1997, como art. 3 C—, actual art. 11 del TFUE, a saber, que “Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”, precepto que complementaban los antiguos artículos 174 a 176 del TCE, actuales 191 a 193 del TFUE⁴⁴³, y los antiguos arts. 3.3 (antiguo art. 2.3 y, antes, art. B, en la versión introducido por el Tratado de Ámsterdam, de 1997) y 21.2 f) del TUE (1992)⁴⁴⁴.

Conviene terminar señalando que un examen de los textos constitucionales mencionados pone de relieve el tratamiento heterogéneo del medio ambiente. Algunas lo transforman en el objeto de un derecho público subjetivo incluso, en algunos casos, de un derecho fundamental. Otras, en cambio, optan por establecer que su protección es un principio o un deber, tanto de los particulares como, esencialmente, del Estado:

“Por ejemplo, la Constitución de la República italiana (artículo 9.2 CRI) menciona la «protección del paisaje»... como función de la República, sin añadir a ello un poder jurídico inmediato de los ciudadanos. La Constitución de Baviera (BV) menciona, por un lado, la protección de la naturaleza como objetivo del Estado (art. 141.I BV), y, por otro lado, se refiere en el art. 141.II BV al derecho al «esparcimiento en la naturaleza» como verdadero derecho fundamental (Bartlesperger, 1986, pág. 13). La Constitución de la República portuguesa (CRP) proclama en el art. 66.1 el «derecho» a un «ambiente sano y humano»; y, junto a ello, el art. 9.e) CRP afirma como tarea fundamental del Estado: «defender la naturaleza y el ambiente y preservar los recursos naturales» (Gomes Canotilho/Moreira, 1984, pág. 349). Y ya, por fin, la Constitución alemana (GG) contiene únicamente, en su versión actual, un deber o tarea estatal de protección ambiental [art. 20.a) GG; sobre ello, Pomed, 1988, pág. 570]. Con todo, el binomio derecho subjetivo/principio rector no agota el tratamiento del medio ambiente en una Constitución. Así, la Constitución portuguesa (art. 66.1 CRP) y la española (art. 45.1 CE) incluyen el deber de todos de defender o conservar el medio ambiente” (VELASCO C., 2009:1089)

b) Derecho al medio ambiente y desarrollo sostenible.

Las preocupaciones que reseñamos en el apartado precedente llevaron a que la Asamblea General de las Naciones Unidas crease en 1983 la Comisión Mundial del

⁴⁴³ Versión consolidada, DOUE 115, de 09.05.2008.

⁴⁴⁴ Este último coloca uno de los objetivos de la acción exterior de la UE “...contribuir a elaborar medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales, para lograr el desarrollo sostenible;”.

Medio Ambiente y del Desarrollo para elaborar un programa de reformas en esta materia. En 1987 la Comisión emitió el informe “Nuestro Futuro Común”, más conocido como “Informe Brundtland” (por la ex primera ministra noruega Gro Harlem Brundtland, que encabezó la Comisión), donde se afirma que:

“Está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, esto es, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de futuras generaciones para satisfacer las propias. El concepto de desarrollo sostenible implica límites..., pero tanto la tecnología como la organización social pueden ser ordenadas y mejoradas de manera que abran camino a una nueva era de crecimiento económico” (COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL DESARROLLO, 1992:29).

Este texto popularizó la formulación anglosajona *sustainable development*, que se tradujo al español como *desarrollo sostenible* (en España) o *sustentable* (término preferido en Iberoamérica). El concepto contenido en el Informe Brundtland ha recibido numerosas críticas. Se le acusa de “antropocéntrico”, “nortecentrista” y “economicista”, además de genérico y ambiguo⁴⁴⁵. Con todo, es el predominante e incluso la Real Academia de la Lengua Española anuncia que la 23ª ed. de su diccionario definirá desarrollo sostenible —la actual edición no lo hace— como “desarrollo económico que, cubriendo las necesidades del presente, preserva la posibilidad de que las generaciones futuras satisfagan las suyas”⁴⁴⁶.

La Unión Europea ha asumido la bandera del desarrollo sostenible con entusiasmo. El Tratado de Maastricht o TUE, de 1992⁴⁴⁷, señala que uno de los objetivos de la Unión es “promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible” (art. B), modificado en el mismo sentido el art. 2 del TCCE. Una de las declaraciones finales de la Conferencia que acordó el texto toma nota “...del compromiso de la Comisión en el marco de sus propuestas y del de los Estados miembros en el contexto de su aplicación, de tener plenamente en cuenta los efectos sobre el medio ambiente, así como el principio del crecimiento sostenible”. El Tratado de Ámsterdam, de 1997⁴⁴⁸, elevó al desarrollo sostenible a la categoría de principio en el considerando séptimo (“DECIDIDOS a promover el progreso social y económico de sus pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible...”), clarificó que era uno de los objetivos de la Unión en el art. B (“...conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible...”, texto que también incluye en el art. 2 del TCCE) y exigió incorporarlo en las políticas y acciones comunitarias en el nuevo artículo 3C que añadió al TCCE:

⁴⁴⁵ Puede verse una síntesis de estas críticas en BETANCOR R., 2001:110-116.

⁴⁴⁶ Cfr. <http://www.rae.es/>.

⁴⁴⁷ DOCE C 191, de 29 de julio de 1992.

⁴⁴⁸ DOCE C 340, de 10 de noviembre de 1997.

“Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

El Consejo Europeo de Helsinki, de 1999, invitó a la Comisión a preparar “una propuesta a largo plazo que integre las políticas para el desarrollo sostenible desde el punto de vista económico, social y ecológico”⁴⁴⁹, con lo que establecía estas tres dimensiones como pilares del desarrollo sostenible que la doctrina ha reconocido (p. ej. PIÑAR M., 2002:28 o JORDANO F., 2007:120). Como se ha dicho, desarrollo sostenible:

“...no es simplemente un sinónimo de protección ambiental, sino algo más rico y complejo, puesto que en ese concepto hay tres hijuelas: la sostenibilidad económica, la social y la ambiental. En realidad, el desarrollo sostenible es un nuevo patrón de desarrollo económico, y no simplemente un énfasis o cuidado en la protección de nuestro entorno” (MORENO M., 2008:46).

Fruto del encargo anterior la Comisión preparó la “Estrategia de la Unión Europea para un Desarrollo Sostenible”, que se presentó y aprobó en el Consejo Europeo de Gotemburgo, de 2001, y según la cual a “...largo plazo, el crecimiento económico, la cohesión social y la protección del medio ambiente deben ir de la mano”. El desarrollo sostenible, afirma, supone “...que el crecimiento económico apoye al progreso social y respete el medio ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable”. Las conclusiones de la Presidencia del Consejo de Gotemburgo fueron aun más tajantes:

“La estrategia de la Unión para el desarrollo sostenible se basa en el principio de que habría que estudiar las repercusiones económicas, sociales y ambientales de todas las políticas de forma coordinada y tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones” (Nº 22).

La agenda de 2001 fue revisada por la Comisión en una comunicación de 2005 que sigue el derrotero ya señalado afirmando que el desarrollo sostenible “...exige que las políticas económicas, medioambientales y sociales se diseñen y pongan en práctica de manera que se refuercen mutuamente”⁴⁵⁰.

El Tratado de Lisboa de 2007 —en vigencia desde diciembre de 2009⁴⁵¹— reformó el art. 2 del TUE, señalando en el apartado 3 que la Unión Europea:

⁴⁴⁹ Consejo Europeo de Helsinki, 10 y 11 de diciembre de 1999, conclusiones de la Presidencia, Nº 50, disponible en http://www.europarl.europa.eu/summits/hel1_es.htm (consultado el 21.12.2009, a las 20:00 hrs.).

⁴⁵⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Revisión en 2005 de la Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible: Primer balance y orientaciones futuras [SEC(2005) 225], Bruselas, 9.2.2005, COM(2005) 37 final.

⁴⁵¹ DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007.

“Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente”.

También establece que la Unión debe contribuir, en sus relaciones con el resto del mundo, al “desarrollo sostenible del planeta” (art. 2.5 TUE), lo que ratifica el art. 10.2, que en su literal d) habla de los “planos económico, social y medioambiental” del desarrollo sostenible. Todas estas normas (incluido el artículo 3C añadido por el Tratado de Ámsterdam al TCCE) vienen del proyecto de Constitución Europea⁴⁵².

Cabe señalar que la ONU también ha transformado al desarrollo sostenible en uno de sus objetivos entendiéndolo del mismo modo que la Unión Europea, esto es, como un concepto que se compone de una vertiente social, una ambiental y otra económica. Así, por ejemplo, lo estableció el “Plan para la ulterior ejecución del programa 21”, aprobado por la Resolución S-19/2 de la Asamblea General, de 28.06.1997:

“23. El desarrollo económico y social y la protección del medio ambiente son componentes del desarrollo sostenible interdependientes y se refuerzan permanentemente”.

Otro ejemplo es la Declaración de Johannesburgo de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de 2002, en que los firmantes se comprometen expresamente a asumir “la responsabilidad colectiva de promover y fortalecer, en los planos local, nacional, regional y mundial, el desarrollo económico, social y la protección ambiental, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible” (párr. 5). Lo mismo ocurre con el Plan de Aplicación de las Decisiones de esta cumbre.

c) El desarrollo urbano sostenible. De Aalborg a Leipzig.

La proyección del principio desarrollo sostenible al desarrollo urbano es evidente. En el contexto europeo una de las primeras manifestaciones de ello fue el Libro verde sobre el Medio Ambiente Urbano, elaborado en 1990 por la Comisión de las entonces Comunidades Europeas⁴⁵³, que reconoce la gravedad de los problemas ambientales de las zonas urbanas y la necesidad de una actuación integral sobre éstas en diversos ámbitos, aplicando el principio de subsidiariedad y, de ser preciso, las competencias que asignaba a la entonces Comunidad Europea el art.

⁴⁵² Véanse los arts. I-3.3, I-3.4, el preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, los arts. II-97, III-119 y III-292.2 d) y f), DOUE C 310, de 16 de diciembre de 2004.

⁴⁵³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento, COM(90) 218, junio de 1990.

130 R del Tratado Constitutivo, en la versión modificada por el Acta Única Europea (1986)⁴⁵⁴, a saber, elaborar una política sobre medio ambiente que debía contribuir a alcanzar, entre otros, el objetivo de conservar, proteger y mejorar su calidad (actual art. 191 TFUE), en el entendido que ello habilitaba la actuación comunitaria en el medio ambiente urbano. Una de las directrices para la mejora del medio ambiente urbano que contemplaba este Libro Verde era la sostenibilidad (3.3), citando directamente al Informe Brundtland.

Ello será profundizado en la *Carta de Aalborg* o *Carta de las ciudades europeas hacia la sostenibilidad*, suscrita por los participantes en la Conferencia europea sobre las ciudades sostenibles celebrada en Aalborg, Dinamarca, en 1994, que afirma que el concepto de desarrollo sostenible:

“...nos ayuda a basar nuestro nivel de vida en la capacidad de carga de la naturaleza. Pretendemos conseguir la justicia social, las economías sostenibles y la sostenibilidad ambiental. La justicia social requiere necesariamente la sostenibilidad económica y la equidad, las cuales necesitan a la vez de la sostenibilidad ambiental” (1.2).

Cinco años después los Ministros responsables de ordenación del territorio acordaron en Postdam una Estrategia Territorial Europea (UNIÓN EUROPEA, 1999) que complementa la definición de sostenibilidad del Informe Brundtland, afirmando que:

“...el desarrollo sostenible incluye no sólo un desarrollo económico respetuoso con el medio ambiente y que conserve para las generaciones futuras los recursos actuales, sino también un desarrollo territorial equilibrado. Esto implica especialmente armonizar las exigencias sociales y económicas del desarrollo con las funciones ecológicas y culturales del territorio, y contribuir de esta forma a un desarrollo territorial sostenible y equilibrado a gran escala. Así, la UE evolucionará paulatinamente desde una Unión económica a una Unión ambiental y a una Unión social, respetando la diversidad regional (véase la figura 5)”.

La figura 5 es la siguiente:

⁴⁵⁴ DOCE N° L 169, de 29 junio 1987.

Fig. 5: Triángulo de objetivos: desarrollo equilibrado y sostenible del territorio



La representación del desarrollo sostenible como un triángulo equilátero cuyos vértices son los aspectos ecológicos, los aspectos económicos y los aspectos sociales ha sido recogida por la doctrina (BERMÚDEZ S., 2007:62) confirmando la concepción que hemos visto previamente.

La “Estrategia de la Unión Europea para un Desarrollo Sostenible”, de 2001, identificó entre las amenazas al desarrollo sostenible que debe enfrentar el desarrollo urbano:

“La congestión en el transporte ha aumentado rápidamente y está llegando a la paralización total. Esto afecta ante todo a las zonas urbanas, que también se ven afectadas por problemas de degradación de los barrios céntricos, expansión del extrarradio y concentración de bolsas de pobreza y exclusión social”⁴⁵⁵.

Posteriormente, numerosos documentos europeos —la gran mayoría de ellos *soft law*, como los antes citados— emplearán la expresión “desarrollo urbano sostenible” (pueden verse al respecto, entre otros, FERNÁNDEZ DE GATTA S., 2008:81-96, LORA-TAMAYO V., 2006:39-50 y MORENO M., 2008:99-131)⁴⁵⁶. Destaca entre ellos

⁴⁵⁵ Comunicación de la Comisión, de 15 de mayo de 2001, «Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible», COM (2001) 264 final - no publicada en el Diario Oficial.

⁴⁵⁶ Por su importancia pueden mencionarse, además de los citados arriba, los siguientes: a) el Plan de Acción de Lisboa, suscrita en 1996 por los participantes en la Segunda Conferencia Europea de Pueblos y Ciudades Sostenibles; b) el Informe Ciudades Europeas Sostenibles, del Grupo de Expertos sobre Medio Ambiente Urbano de la Comisión Europea, 1996; c) la Comunicación “Hacia una política urbana de la Unión Europea”, COM(97)197 final; d) la Comunicación de la Comisión “Marco de actuación para el desarrollo urbano sostenible en la Unión Europea”, COM 1998 605; e) la Decisión N° 1411/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a un marco comunitario de cooperación para el desarrollo sostenible en el medio urbano

la *Carta de Leipzig sobre Ciudades Europeas Sostenibles*, adoptada en el marco de una reunión informal de Ministros sobre Desarrollo Urbano que tuvo lugar en Leipzig durante 2007 (CyT Vol. XXXIV Nº 152-3:571-580; MOLINA DEL P., 2008). Allí se afirma nuevamente que las dimensiones del desarrollo sostenibles son “la prosperidad económica, el equilibrio social y un medioambiente saludable”, todas las cuales “han de tomarse en consideración simultáneamente y con el mismo peso”, advirtiéndose que también debía prestarse atención “a los aspectos culturales y de salud” y “la capacidad institucional de los Estados”. La carta se centra en dos recomendaciones: a) Hacer un mayor uso de los enfoques relacionados con la política integrada de desarrollo urbano, y b) Prestar especial atención a los barrios menos favorecidos dentro del contexto global de la ciudad. En el primero se destaca la sostenibilidad del modelo de ciudad compacta:

“Una base importante para un uso eficiente y sostenible de los recursos es una estructura compacta de asentamientos. Esto puede lograrse mediante una buena planificación espacial urbana, evitando así la expansión descontrolada de las ciudades mediante un control estricto del suministro del suelo y del crecimiento de la especulación. La estrategia de integrar los usos de vivienda, de empleo, de educación, de suministros y de recreo en los barrios **ha resultado ser especialmente sostenible**” (destacados nuestros).

En el contexto iberoamericano puede citarse la Declaración de Valdivia, suscrita en 1996 por los Ministros y autoridades máximas del sector de Desarrollo Urbano y Vivienda de Iberoamérica en Valdivia (Chile), con ocasión del Foro Iberoamericano de Vivienda y Desarrollo Urbano, actividad preparatoria de la VI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno⁴⁵⁷. En ella se reconoce que los procesos de urbanización que experimenta la región “son difícilmente sustentables del el punto de vista ambiental” (punto 6) enunciándose como meta alcanzar una producción habitacional que, al menos, absorbiera el crecimiento vegetativo de la

(DOCE L 191 de 13.7.2001); f) la Comunicación de la Comisión “Hacia una estrategia temática sobre el medio ambiente urbano”, COM (2004) 60 final (DOCE C 98 de 23.4.2004); g) la Comunicación de la Comisión “Estrategia temática para el medio ambiente urbano”, COM (2005) 718 final, no publicada en el Diario Oficial; y h) la Agenda Territorial Europea, adoptada en la reunión informal de Ministros sobre Desarrollo Urbano de Leipzig de 2007, la misma en que se aprobó la Carta de Leipzig. MORENO M. (2008:111-115) ha revisado los instrumentos jurídicos vinculantes sobre el medio ambiente urbano, a saber: a) la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (DOCE L 197 de 21.07.2001); b) las Directivas 79/409, de Aves, y 92/43, de Hábitats; c) la Directiva 2002/91/CE, relativa a la eficiencia energética de los edificios (DOCE L 1 de 04.01.2003); y d) la Directiva 96/82/CE, relativa al Control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas (DOCE L 10, de 14.01.1997).

⁴⁵⁷ Cfr. <http://habitat.aq.upm.es/iah/a003.html>, consultado el 02.01.2010, a las 1:20 hrs

demanda "en el marco de una utilización racional de los recursos naturales y aplicando tecnologías que promoverán la sustentabilidad ambiental de los Asentamientos Humanos de la Región" (punto 12). Es evidente que se trata de una declaración de mucho menor calado que las europeas, pero ello no es sino un correlato de la debilidad de la integración supranacional en América.

3.2.2. El desarrollo urbano sostenible en el ordenamiento español.

a) El derecho al medio ambiente en la CE.

Ya señalamos que la CE incluyó en su articulado la protección del medio ambiente, concretamente en su art. 43 de la CE que dispone:

- "1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

Este precepto se encuentra dentro del capítulo tercero del Título I, esto es, dentro de los denominados "Principios rectores de la política social y económica". Sin embargo, el tenor literal del apartado 1 emplea la expresión "derecho". De allí que parte de la doctrina estime que se trata de un derecho fundamental o, al menos, de un genuino derecho subjetivo. Conforme a lo que ya hemos señalado a propósito de los derechos revisados precedentemente nos parece que esta última postura es la más plausible. En esta línea pueden citarse las aportaciones de DELGADO P., que ha señalado que:

"...el derecho al ambiente es un derecho subjetivo de naturaleza constitucional, de configuración legal y protección judicial ordinaria. En este sentido, es algo más que un mero derecho prestacional, que también, en cuanto obliga a la Administración a velar por la conservación del ambiente y otorga a los ciudadanos el derecho de instarla —con todas las dificultades que son comunes a los derechos de esta naturaleza—, sino un derecho cuya tutela puede hacerse valer igualmente frente a cualesquiera sujetos privados. Incluso frente al legislador, que si bien goza de la discrecionalidad que le es propia para disciplinarlo, para determinar las condiciones y consecuencias de su ejercicio, no puede legiferar en una dirección opuesta a su tutela" (DELGADO P., 1993:56).

La misma visión puede verse en un trabajo reciente que estima que "...el art. 45.1 reconoce un verdadero derecho (público subjetivo) al libre desarrollo de la persona en un entorno/medio ambiente) adecuado" (VELASCO C., 2009:1091).

Con todo, la jurisprudencia no ha sido clara en este punto. Un ejemplo es la STC 199/1996, de 3 de diciembre, que afirma que:

"...Es igualmente obvio que el derecho a un medio ambiente adecuado reviste una singular importancia, acrecentada en la sociedad industrializada y urbanizada de nuestros días. Así lo reconoce la Constitución, en su art. 45... La importancia del derecho al medio ambiente ha sido puesta de relieve también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos... no puede ignorarse que el art. 45 de la Constitución enuncia un principio rector, no un derecho fundamental. Los Tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente, sin duda, pero de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional (art. 53.3 CE, SSTC 32/1983, fundamento jurídico 2º, 149/1991, fundamento jurídico 1º, y 102/1995, fundamentos jurídicos 4º-7º)" (FJ 2 y 3).

En otras palabras, aunque el TC habla de un "derecho" aclara que no es de carácter fundamental. BETANCOR R. ha planteado que existiría una "imposibilidad técnico-jurídica" y una "inconveniencia ético-ecológica" en la noción de un derecho subjetivo al medio ambiente:

"Su contenido constitucional es en sí mismo problemático. En primer lugar, se nos plantea el interrogante respecto a qué es lo que se entiende por disfrutar. En segundo lugar, otra pregunta se refiere a si es posible disfrutar (subjetiva e individualmente) de un bien colectivo. En tercer lugar, aparece el interrogante respecto a qué es lo que se entiende por medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona..." (BETANCOR R., 2001:381)

Añade el mismo autor que la idea de derecho subjetivo llevaría a que los tribunales "construyesen" este derecho a través de su jurisprudencia, en vez que lo hiciera el legislador democrático con sus leyes. El principal problema de la tesis del derecho subjetivo sería el carácter colectivo del objeto, a saber, la naturaleza, lo que supone forzar una suerte de visión antropocéntrica sobre ella. De allí que el mismo autor proponga construir el derecho ambiental desde la centralidad del deber de conservar la naturaleza, admitiendo los derechos subjetivos que estructure la ley en cada sector o recurso natural específico pero al modo establecido por el art. 53.3 CE (BETANCOR R., 2001:383 y ss.).

b) La recepción del principio de desarrollo sostenible en la legislación española, particularmente la urbanística.

Como es sabido la noción de desarrollo sostenible ha sido recogida por el legislador estatal español (BETANCOR R., 2001:121-126; MORENO M., 2008:51-57). Tempranamente la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, garantizó que la gestión de los recursos naturales se produciría “...con los mayores beneficios para las generaciones actuales, sin merma de su potencialidad para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras” (artículo 2.2). Aunque no se emplea aquí la expresión “desarrollo sostenible” es evidente que eso es lo que se quiere decir. Esta ley fue derogada por la Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad⁴⁵⁸, que menciona expresamente la sostenibilidad en sus arts. 1 y 2 b). También se referirán al “desarrollo sostenible” las Leyes 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado⁴⁵⁹ (art. 3 a), y 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural (*in totum*)⁴⁶⁰, y el TRLS 2008 (art. 2). Incluso el recientemente presentado Proyecto de Ley de Economía Sostenible⁴⁶¹ en su artículo 2 define “Economía Sostenible” como:

“...un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades”.

También pueden mencionarse una serie de normas autonómicas que han utilizado expresamente este principio, como la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental (derogada por la Ley catalana 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades⁴⁶²) en su art. 2 b), o la Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco, en su art. 2 a) .

En lo que respecta al urbanismo la recepción de este principio es clara (LORA-TAMAYO V., 2002:65-122, y MORENO M., 2008:57-66). La LS 2007 lo hizo frontalmente en su art. 2, “Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible”, reproducido por el art. 2 del TRLS 2008. El art. 2.1. finaliza las “políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo” orientándolas a “la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin

⁴⁵⁸ BOE núm. 299, de 14.12.2007.

⁴⁵⁹ BOE núm. 75, de 28.03.2001.

⁴⁶⁰ BOE núm. 299, de 14.12.2007.

⁴⁶¹ BOCG Congreso de los Diputados núm. A-60-1, de 09.04.2010.

⁴⁶² DOGC núm. 5524, de 11.12.2009.

perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes”. Luego, el art. 2.2.explica los efectos:

“2. En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo a la prevención y reducción de la contaminación, y procurando en particular:

a) La eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje.

b) La protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística.

c) Un medio urbano en el que la ocupación del suelo sea eficiente, que esté suficientemente dotado por las infraestructuras y los servicios que le son propios y en el que los usos se combinen de forma funcional y se implanten efectivamente, cuando cumplan una función social.

La persecución de estos fines se adaptará a las peculiaridades que resulten del modelo territorial adoptado en cada caso por los poderes públicos competentes en materia de ordenación territorial y urbanística”.

Como ya hemos señalado la LS no es una ley urbanística, pues la materia “urbanismo” corresponde a la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas. Por ello, la recepción de este principio debe rastrearse en la legislación autonómica, en que destacan las siguientes normas:

- a) El TRLUCataluña es una de las leyes urbanísticas que recepciona con mayor nitidez este principio. Su art. 3.1 define desarrollo urbanístico sostenible como *“la utilización racional del territorio y el medio ambiente y comporta combinar las necesidades de crecimiento con la preservación de los recursos naturales y de los valores paisajísticos, arqueológicos, históricos y culturales, en orden a garantizar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras”*. Y agrega el art. 3:

“2. El desarrollo urbanístico sostenible, puesto que el suelo es un recurso limitado, comporta también la configuración de modelos de ocupación del suelo que eviten la dispersión en el territorio, favorezcan la cohesión social, consideren la rehabilitación y la renovación en suelo urbano, atiendan la preservación y la mejora de los sistemas de vida tradicionales en las áreas rurales y consoliden un modelo de territorio globalmente eficiente.

3. El ejercicio de las competencias urbanísticas debe garantizar, de acuerdo con la ordenación territorial, el objetivo del desarrollo urbanístico sostenible”.

Precisamente una de las razones que puede justificar que un suelo se clasifique como no urbanizable es *“El objetivo de garantizar la utilización racional del territorio*

y la calidad de vida, de acuerdo con el modelo de desarrollo urbanístico sostenible definido por el artículo 3". En igual sentido se establece como una de las directrices para el planeamiento urbanístico "...velar para que las determinaciones y la ejecución del planeamiento urbanístico permitan alcanzar, en beneficio de la seguridad y el bienestar de las personas, unos niveles adecuados de calidad de vida, de sostenibilidad ambiental y de preservación frente a los riesgos naturales y tecnológicos" (art. 9.1) y se exige que la memoria de los planes de ordenación urbanística municipal justifique "la observancia del objetivo del desarrollo urbanístico sostenible" (art. 59.3.b).

- b) También merece destacarse la LuCyLeón, que en su exposición de motivos afirma que:

"...esta Ley aborda con especial interés la relación entre urbanismo, desarrollo sostenible y cohesión social, y asumiendo los principios recogidos en los Títulos XIV y XVI del Tratado de la Unión Europea y en otros documentos como la Declaración de Río, el Libro Verde del Medio Ambiente Urbano o la Carta Europea de las Ciudades Sostenibles, considera que el suelo, el territorio, es un patrimonio colectivo que ha de ser utilizado de forma equilibrada y sostenible para legarlo a las generaciones futuras. Y, asimismo, que debe la Administración matizar la acción de mercado, generadora al tiempo de riqueza y desigualdad, asegurando dotaciones urbanísticas suficientes y adecuadas".

Su art. 4 b) establece que uno de los objetivos de la actividad urbanística pública es "Establecer una ordenación urbanística para los Municipios de Castilla y León que favorezca su desarrollo equilibrado y sostenible, la calidad de vida y la cohesión social de la población, la protección del medio ambiente y del patrimonio natural y cultural, y especialmente la consecución del derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna".

- c) La LuValencia sostiene, en su exposición de motivos, que "En los últimos diez años la idea de un desarrollo sostenible ha emergido como elemento fundamental de la planificación urbana", para luego afirmar que uno de los objetivos y finalidades de la actividad urbanística es "Proteger el medio ambiente, los recursos naturales y la calidad de vida, potenciando un desarrollo urbano sostenible dentro de los principios definidos en el artículo 45 de la Constitución". Su art. 12.1 establece que el planeamiento "...clasificará como suelo urbanizable los terrenos que pretenda incorporar al proceso de urbanización, a medida que el desarrollo de la red primaria de dotaciones y el grado de definición de la ordenación estructural permita integrarlos en dicho proceso dentro de un modelo territorial sostenible y coherente". Dentro de los terrenos que deben ser clasificados como no urbanizables se encuentran "...aquellos (sic) no necesarios

para un desarrollo urbano acordado y sostenible según el modelo territorial y urbano establecido” (art. 16).

- d) La LOUAndalucía establece en su art. 3.1.a) que dentro de los fines de la actividad urbanística se encuentra *“Conseguir un desarrollo sostenible y cohesionado de las ciudades y del territorio en términos sociales, culturales, económicos y ambientales, con el objetivo fundamental de mantener y mejorar las condiciones de calidad de vida en Andalucía”*. El art. 3.1.b) añade el objetivo de vincular los usos del suelo *“a la utilización racional y sostenible de los recursos naturales”*.
- e) El art. 1.c) del TRLOTUAsturias dispone que uno de los objetos del texto refundido es *“regular la actividad urbanística, en el marco de una ordenación del territorio basada en el equilibrio entre bienestar económico y desarrollo sostenible”*, y uno de los fines de la actividad urbanística *“Vincular los usos del suelo a la utilización racional y sostenible de todos los elementos culturales y medioambientales”*.
- f) El art. 109 d) de la LOTRUSCantabria considera como suelo rústico de protección ordinaria aquél que deba ser preservado y encauzado *“...de formas de ocupación del territorio y asentamientos no urbanos considerados desde la perspectiva y exigencias del desarrollo sostenible”*.

En la misma línea merece destacarse la modificación introducida al apartado 1 del art. 50 de la Ley 43/2003, de Montes⁴⁶³, por la Ley 10/2006, de 21 de noviembre⁴⁶⁴, conforme a la cual se prohíbe *“El cambio de uso forestal al menos durante 30 años”* y *“Toda actividad incompatible con la regeneración de la cubierta vegetal, durante el periodo que determine la legislación autonómica”*, de manera de evitar siniestros intencionales ejecutados con la expectativa de una recalificación. Sólo se admite que las Comunidades Autónomas acuerden excepciones a esta regla *“cuando existan circunstancias objetivas que acrediten que el cambio de uso del terreno forestal afectado estaba previsto con anterioridad al incendio”*⁴⁶⁵.

⁴⁶³ BOE núm. 280, de 22.11.2003.

⁴⁶⁴ BOE núm. 102, de 29.04.2006.

⁴⁶⁵ Esto es, si el cambio de uso estuviera previsto, con anterioridad al incendio forestal, en un *“instrumento de planeamiento previamente aprobado”* o un *“instrumento de planeamiento pendiente de aprobación, si ya hubiera sido objeto de evaluación ambiental favorable o, de no ser esta exigible, si ya hubiera sido sometido al trámite de información pública”* o, por último, una *“directriz de política agroforestal que contemple el uso agrario o ganadero extensivo de montes no arbolados con especies autóctonas incultos o en estado de abandono”*. El texto original de este artículo 50 dejaba un mayor margen de definición a las comunidades autónomas, pues si bien prohibía *“el cambio del uso forestal por razón del incendio”* remitía a aquéllas *“los plazos y procedimientos para hacer efectiva esta prohibición”*. Conviene señalar que existen normas autonómicas en este mismo sentido, como el art. 9.5 del TRLUCataluña que establece entre las directrices del planeamiento que *“La pérdida de los valores forestales o paisajísticos de terrenos como consecuencia de un incendio no puede fundamentar la modificación de su*

3.2.3. El desarrollo urbano sustentable en el ordenamiento chileno.

a) El derecho al medio ambiente en la CPR.

En el caso chileno la recepción del derecho al medio ambiente en el catálogo de derechos fundamentales es bastante clara. En efecto, el art. 19 N° 8 CPR asegura a todas las personas:

“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”;

La acción cautelar que garantiza estos derechos, el denominado “recurso de protección, procede, también, “...cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”, conforme al texto fijado por la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 2005⁴⁶⁶.

Adicionalmente, el art. 19 N° 24, inc. 2°, establece que uno de los elementos incluidos en la función social de la propiedad es “la conservación del patrimonio ambiental”.

Ante este panorama se ha dicho que:

“La densidad de la normativa constitucional ambiental chilena supera con creces a lo que acontece en el derecho constitucional comparado, aquélla establece un derecho constitucional, un deber del Estado y una acción cautelar, sin perjuicio del mínimo de protección ambiental que puede desprenderse de otras disposiciones constitucionales” (BERMÚDEZ S., 2007:72).

Se trata de normas que no tenían antecedentes previos en el derecho constitucional chileno. Dado que lo garantizado es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se entiende que su contenido es netamente antropocéntrico y que debe superar el ámbito de protección del art. 19 N° 1 CPR, pues en caso contrario sería una norma superflua.

clasificación como suelo no urbanizable, la cual se tiene que mantener durante el plazo previsto en la legislación en materia de suelo, a menos que el cambio de clasificación estuviera previsto en un instrumento de planeamiento urbanístico pendiente de aprobación que ya hubiera sido objeto de evaluación ambiental favorable”.

⁴⁶⁶ D.O. 26.08.2005.

b) La noción de desarrollo sustentable en el ordenamiento chileno y su aplicación al urbanismo.

El ordenamiento chileno cuenta desde 1993 con una Ley de Bases del Medio Ambiente, la Ley N° 19.300⁴⁶⁷. Su art. 2° g) define “desarrollo sustentable” como “el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras”. Se trata, como salta a la vista, de una positivación del Informe Brundtland y que se adecúa perfectamente a las disposiciones constitucionales ya mencionadas. BERMÚDEZ S. conecta con ellas, además, el art. 1° de la CPR en cuanto exige al Estado “promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. En efecto, señala este autor que las condiciones materiales y sociales de desarrollo no sólo implican crecimiento económico; también calidad de vida y solidaridad intergeneracional, lo que abre paso a la noción de desarrollo sustentable (BERMÚDEZ S., 2007:64).

Hasta hace poco el concepto de desarrollo sustentable no tenía especial incidencia en la planificación urbanística, por mucho que los planes estuvieran sujetos al mismo procedimiento de evaluación al que debían sujetarse los proyectos de inversión. Ello cambiará con la introducción de la “Evaluación Ambiental Estratégica”, en virtud de la Ley N° 20.417, de 2010⁴⁶⁸, que define a esta técnica como “*el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales*” (art. 2° i bis Ley N° 19.300). Precisamente este régimen es obligatorio para “*...los planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas o los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen*” (art. 7° bis Ley N° 19.300). En este contexto debe aguardarse la normativa de desarrollo antes de hacer un juicio sobre este particular.

⁴⁶⁷ D.O. 09.03.1994.

⁴⁶⁸ D.O. 26.01.2010.

CAPÍTULO 3

LA INTERVENCION PÚBLICA PARA EVITAR LA SEGREGACIÓN SOCIOESPACIAL

1. ALGUNAS CAUSAS Y MECANISMOS QUE FAVORECEN LA SEGREGACIÓN SOCIOESPACIAL

1.1. El mercado del suelo y las rentas urbanas: el precio del suelo como primer mecanismo de exclusión.

Como ya hemos señalado el suelo es objeto del derecho de propiedad privada, lo que permite a sus titulares usar, gozar y disponer de él. Sus transacciones permiten hablar de un mercado del suelo cuya importancia para cualquier sociedad es enorme; no en vano la renta del suelo agrícola fue uno de los temas cuya discusión alumbró la economía moderna. David Ricardo (1772-1832) —con antecedentes en otros autores de la época, como ha puesto de relieve STIGLER (1979[1957]:108)— entendía por esta renta “la porción del producto de la tierra que se paga al terrateniente por el uso de los poderes originales e indestructibles del suelo” (RICARDO, 1959[1817]:51). En el contexto del aumento de la población —que en esa misma época denunciaba Malthus (1766-1834)— la demanda por productos agrícolas exigía cultivar incluso las tierras de baja calidad lo que, según RICARDO, reducía los salarios de los campesinos pues todos se iban ajustando a los de quienes ganaban menos, que eran los que cultivaban las peores tierras —cuyo exiguo margen de rentabilidad exigía pagar el mínimo posible—. Por extensión, este efecto se trasladaría al resto de los trabajadores. Se trata de una teoría nada alentadora, que GALBRAITH describe así:

“De la posesión de las mejores tierras —superiores a las de peor calidad o marginales— provendría un excedente por encima del coste. Éste sería tanto mayor cuanto mejor fuera la calidad de la tierra y cuanto mayor fuese la presión general de la población sobre la oferta total de tierras. En esta forma, el propietario de las tierras más fértiles se beneficiaría no sólo de la buena fortuna, sino también de la creciente pobreza o mala fortuna de todos los demás. En el sistema ricardiano era muy bueno ser terrateniente.... La renta de la tierra no aumentaba los precios, sino que consistía en un residuo que se acumulaba pasivamente gracias al incremento de la población y al progreso general de la sociedad” (1989: 98).

El fenómeno apuntado se reprodujo en las ciudades con rasgos diferentes. El atributo de la fertilidad fue reemplazado por la cercanía al centro urbano, tradicionalmente la zona más cara por estar dotada de mejores servicios e infraestructura (MILLS, 1975: 59, 98-99 y 111-2). En este caso las alzas en el precio del suelo urbano también derivan del importante aumento de población en las ciudades —ya vimos las cifras en el Capítulo 1— y las diferencias que tienen las zonas en que ésta se va dividiendo conforme crece. Ocurre que el valor “urbano” del suelo depende fundamentalmente de las oportunidades que ofrece a sus habitantes (de allí que se hable de una “geografía de oportunidades”), esto es, de los atributos que tiene: su conectividad, sus servicios públicos y privados (transporte, educación, salud, etc.), sus equipamientos, su mobiliario e infraestructura urbana, etc. Lo anterior ha llevado también a que se cuestione la justicia de estas ganancias y se reivindique su reversión a la comunidad, como ordena el final del art. 47 de la CE.

Stuart Mill las llamó “*unearned increment*” —esto es, “incremento inmerecido”— y el periodista Henry George (1839-1897) popularizó esta tesis en su libro “Progreso y Miseria” (1879), sosteniendo que este enriquecimiento era fortuito e injusto pues no dependía del esfuerzo, habilidades o inteligencia del propietario. Por lo mismo, estas plusvalías debían recuperarse íntegramente con un tributo cuya cuantía permitiría sería tal que reemplazaría a todos los demás (GALBRAITH, 1989: 183-6). Éste “impuesto único” captaría la renta “debida a las condiciones naturales de fertilidad y situación, dejando exenta aquella otra parte consecuencia de las mejoras realizadas por el propietario mediante trabajo e inversión de capital” (RAMOS, 2000), no afectaría la productividad y tendría favorables consecuencias redistributivas. La idea no llegaría a concretarse pero este enfoque gozó de mucha popularidad —en España se formó una *liga georgista* (BASSOLS, 1973: 462-4)— y aún sirve de fundamento para políticas que buscan captar plusvalías urbanas. Por otro lado, es admitido que los impuestos a la tierra no afectan a la eficiencia económica pues en un recurso de renta fija la oferta no tiene manera de reaccionar ante los tributos (“un impuesto sobre la renta económica pura no provoca distorsiones ni ineficiencias”, SAMUELSON y NORDHAUS, 2000:256).

Las ciudades difusas que, como vimos, caracterizan nuestra época, contienen “segmentos” urbanos distanciados gracias al uso del automóvil. Existiendo infraestructuras que permiten una rápida conectividad con el resto de la ciudad es factible ofrecer proyectos inmobiliarios que cuentan con todos los servicios que requiere la vida urbana y, además, evitan explícitamente que sus habitantes convivan con sectores sociales diferentes⁴⁶⁹. Basta buscar en internet “urbanización

⁴⁶⁹ Todo ello lo analizamos en el Capítulo 1, especialmente en su síntesis final (*supra* apartado 4).

exclusiva”, “pisos exclusivos” o “departamentos exclusivos” para verificar el atractivo que representa una oferta de este tipo, incluso si ello supone pagar por el uso de las carreteras que aseguran la conectividad (p. ej., mediante peajes o sistemas electrónicos). En contraste, quienes tengan pocos recursos sólo podrán pagar el alquiler o la hipoteca de una vivienda situada en los sectores de la ciudad menos dotados que, precisamente por ello, son más baratos, con las obvias y consiguientes menores oportunidades de todo tipo.

En conclusión, el precio del suelo funciona naturalmente como un factor de exclusión y segregación socioespacial. Pero para que ello ocurra debe agregarse un factor adicional. La desigualdad social, especialmente aguda en Latinoamérica⁴⁷⁰. Basta considerar que los programas habitacionales chilenos consideran en su estructura de financiamiento la posibilidad de pagar hasta 0,5 UF/m² (cerca de 15 €) por el suelo. Pues bien, conforme apunta TRIVELLI O. (2009a:219) el seguimiento de ofertas de terrenos establece que si bien este era un precio factible en 1990, desde 1998 prácticamente no hay ofertas de terrenos en Santiago con precios por debajo de 1,0 UF/ m² (aproximadamente 30 €). La evolución del precio del suelo en las 34 comunas centrales de Santiago de Chile es impresionante. Si se toma como base 100 el año 1990, en el cuarto trimestre de 2006 el índice sube a 660, y en algunas comunas que fueron importantes centros de vivienda social en los 90 a 1.100 (Puente Alto) y 1.800 (Quilicura). En contraste, la remuneración mínima crece en términos reales desde una base 100 en 1990 a un índice de 202 en 2006, que equivale al crecimiento del ingreso (Ibíd:220). Agrega este autor:

“Mientras la evolución de las remuneraciones siga un curso de crecimiento tan distante de la de los valores del suelo, se hace imposible pensar en alcanzar una ciudad integrada en términos socioeconómicos-territoriales, como consecuencia de la libre operatoria del mercado en el ámbito urbano inmobiliario residencial. Se hace evidente que sin una regulación funcional al objetivo de integración social urbana y una acción pública directa será muy difícil avanzar en la superación de este desafío”. En este contexto puede decirse que la autoridad está abandonando su responsabilidad política y nos enfrentamos al “...resultado de la operatoria del mercado del suelo urbano, como si éste fuera el oráculo respecto al destino de nuestras ciudades” (TRIVELLI O., 2009a:220)

1.2. Las preferencias de las personas y la segregación

1.2.1. NIMBYs, LULUs y planeamiento urbano (“exclusionary housing”)

⁴⁷⁰ *Supra* Capítulo 1, apartado 3.2.4 c).

La literatura urbanística estadounidense ha acuñado los términos NIMBY y LULU para aludir a la oposición que plantean los ciudadanos cuando se propone o decide emplazar en el lugar donde viven equipamientos o edificaciones que consideran que empeorarán en algún/os sentido/s sus condiciones de vida como, por ejemplo, vertederos de residuos, plantas depuradoras, cárceles, plantas de energía, antenas de telecomunicaciones o conjuntos de viviendas sociales. NIMBY es el acrónimo de la frase “not in my back yard”, esto es, no en mi patio trasero. LULU, el de “locally unacceptable land use”, o sea, usos de suelo localmente no deseados.

En estos casos no se discute la necesidad social de construir unos u otros: sólo su localización, pues se piensa que de instalarse perturbarán sustancialmente la forma de vida de quienes viven en sus proximidades (SOTO D. y HORMAZÁBAL S., 2009). Aunque esta oposición puede derivar de razones económicas, en atención a las externalidades negativas que provocarían dichas instalaciones, o medioambientales, debido al deterioro que pueden acarrear en el medio, tratándose de conjuntos de vivienda social o protegida el fenómeno es más sutil. Lo que normalmente se quiere evitar es el incremento de la percepción de inseguridad, pues se asocia a los pobres con mayores niveles de delincuencia y, sobre todo, el deterioro de la valoración de la zona, pues parte importante del precio de la vivienda —la mayor inversión en la vida de la mayoría de las personas— depende de ella y el atributo de exclusividad —como ya señalamos— parece ser fuertemente valorado por las personas.

Aparte de las movilizaciones puntuales que pueden generarse para evitar la llegada de este uso no deseado lo usual será que este deseo se exprese en un planeamiento urbanístico excluyente. Se trata de un fenómeno especialmente estudiado en Estados Unidos bajo el rótulo de “Exclusionary Housing” (MANDELKER, 2003:§7), en el contexto de los problemas de segregación racial que todavía persiguen a la sociedad estadounidense⁴⁷¹. Como manifestaciones de

⁴⁷¹ No hay que olvidar que hasta mediados del siglo pasado la segregación era una práctica considerada legítima en EE.UU. Sólo en 1954 su Corte Suprema decidió, en *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483, 1954), que un sistema de escuelas públicas segregadas era en sí desigualitario (“Separate educational facilities are inherently unequal”) y vulneraba la protección equitativa de las leyes garantizada por la 14ª enmienda a su Constitución (BELTRÁN de F., Miguel, y GONZÁLEZ G., Julio, 2006:302-3; también ALCARAZ V., CAMPOS P. y MIGUÉLEZ, 2006:55-59), lo que dejaba sin efecto el principio “separados pero iguales” (“separate but equal”) que había validado casi medio siglo antes la propia Corte Suprema en su sentencia *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537, 1896), que estimó constitucional una ley de Louisiana que exigía en los ferrocarriles asientos separados, pero iguales, para la raza blanca y la raza negra. Con todo, el problema persiste: pese a “...eliminar la estructura legal que estableció y mantuvo esa segregación, los modelos de comportamiento a nivel particular han continuado reflejando la parcialidad racial en la vivienda, además del empleo, las escuelas y otros aspectos... Aunque se realizaron esfuerzos para remediar la segregación en las escuelas y las

“exclusionary housing” pueden mencionarse las siguientes (MANDELKER, 2003b:175-178):

- a) Prohibición de edificios de departamentos: Consiste en autorizar en una zona el uso residencial solamente en la modalidad de viviendas unifamiliares (single-family use), determinación avalada por la Corte Suprema⁴⁷² y que, en la práctica, impide los bloques de departamentos que, por su inferior coste (al amortizar el precio del suelo entre varias unidades), son la manera preferente de construir viviendas sociales.
- b) Restricciones a la densidad: En este caso se establece una baja cantidad de habitantes por unidad de superficie que evite que los terrenos se subdividan en lotes pequeños o, derechamente, se establece que la parcela mínima edificable deba tener una superficie extensa. Una densidad de 10 habitantes por hectárea, p. ej., significa que sólo pueden hacerse dos casas en 1 ha si el ordenamiento vigente establece que una casa admite hasta 5 habitantes. Dicho de otro modo, una casa equivaldrá a un terreno de 5.000 m² cuestión que, evidentemente, hará que el costo se eleve a un nivel imposible de amortizar para una vivienda social o protegida. La Corte Suprema acepta este tipo de normativas a partir, especialmente, de 1974⁴⁷³.
- c) Fijación de tamaños mínimos para las viviendas: Se trata de exigir una superficie mínima en las viviendas a construir que encarezca sus costes a un nivel incompatible con una vivienda social o protegida. Con todo, no son tan comunes como las anteriores y han sido objetados por algunas cortes como la de New Jersey⁴⁷⁴.
- d) Prohibición de viviendas prefabricadas o caravanas: Implica impedir la instalación de este tipo de viviendas o restringirlas en áreas confinadas, pues su coste sustancialmente menor permitiría que, de admitirse sin cortapisas, llegasen residentes de bajos ingresos. Las razones usualmente esgrimidas para rechazarlas son, claro está, otras: su uso transitorio, su aspecto desagradable, su construcción insegura y los bajos ingresos fiscales que genera su tributación versus el de las viviendas convencionales. Otra fórmula para evitar este tipo de

viviendas sociales... éstos fueron pírricos, pues la “huida de los blancos” (*white flight*) hacia los nuevos barrios residenciales de la periferia frustraron dichos esfuerzos” (KUSHNER, 2006:32).

⁴⁷² Sentencia Village of Euclid v. Ambler Realty, 272 U.S. 365, 1926, que menciona varios precedentes similares de Cortes Supremas estatales. Otras sentencias anteriores en ZIEGLER, 2001:214.

⁴⁷³ Sentencia Village of Belle Terre v. Boraas, 416 U.S. 1, 1974.

⁴⁷⁴ Sentencia Homebuilders League of S. Jersey, Inc v. Township of Berlin, 405 A.2d 381, NJ, 1979. Puede verse más jurisprudencia en MANDELKER, 2003:§5.29.

viviendas es exigir materiales constructivos convencionales que ellas no pueden contemplar o limitar su número total dentro del término municipal. Las cortes se han dividido a la hora de validar o rechazar este tipo de restricciones (MANDELKER, 2003:§5.21).

- e) Excesivos requisitos para parcelar: Consiste en incorporar exigencias muy onerosas para la urbanización del suelo en las ordenanzas locales (p. ej., amplios anchos de calle, soterramiento de redes, etc.), al punto que sean desproporcionadas para el coste de una vivienda social o protegida.
- f) Discrecionalidad y retrasos en las autorizaciones para vivienda social o protegida: Supone permitir estas últimas sólo como un uso condicional, basado en conceptos vagos y genéricos que hacen que la autorización admita un amplio margen de discrecionalidad. En tal caso un ayuntamiento puede interpretarlos “para rechazar toda solicitud que se le presente en relación con la instalación de esta clase de viviendas” (MANDELKER, 2003b:175-178). La misma discrecionalidad permite dilatar indefinidamente estas autorizaciones, incrementando el costo de los proyectos, reduciendo su rentabilidad y llevándolos al fracaso (dado los bajos márgenes de utilidad que admiten los proyectos de vivienda social o protegida).

Como se ve, se trata de un arsenal de medidas que se justifican acudiendo en cada caso a distintos argumentos, especialmente el de mantener el modelo de crecimiento disperso ya instalado, de baja densidad y casas independientes unifamiliares altamente dependiente del automóvil (ZIEGLER, 2001:216-7), tanto porque sería una opción de vida que de no defenderse terminaría frustrándose — vale decir, la zona perdería irremediablemente el carácter que tenía con nuevas construcciones y habitantes de otro carácter— como porque su mantención aseguraría la pervivencia del prestigio y la plusvalía de dichos barrios (KUSHNER, 2006:36). Visto así parece claro que la adopción de este modelo supone necesariamente la exclusión de familias o personas de escasos recursos.

1.2.2. Las urbanizaciones de interés común (“condominios”, “gated communities”, “countries”, etc.)

Como señalamos en el capítulo 1 el modelo de ciudad dispersa (o “urban sprawl”) ha dado pie a enclaves exclusivos de sectores de altos ingresos que buscan un modelo de vida homogéneo, seguro y exclusivo⁴⁷⁵. Desde la perspectiva jurídica este tipo de urbanizaciones se ven favorecidas por la existencia de un planeamiento

⁴⁷⁵ *Supra* Capítulo 1, apartados 3.2.4.a) y 3.2.6.d).

urbano que exija condiciones que aseguren la persistencia de las características de los conjuntos, según acabamos de mencionar.

Sin embargo, no sólo interviene aquí el derecho urbanístico. Este tipo de urbanizaciones —que podemos denominar “urbanizaciones de interés común” siguiendo a MCKENZIE (1996:121-124)— se estructuran siguiendo el modelo de la legislación de propiedad horizontal, o copropiedad inmobiliaria, que junto con servir de fórmula para regular la convivencia de sus habitantes permite privatizar espacios que en el modelo de la ciudad tradicional serían públicos.

a) Las urbanizaciones privadas en España.

En el caso español, la LS 56 especificaba —en su art. 41.2— los datos que debían contener los planes y proyectos redactados por particulares referidos a “urbanizaciones particulares”, precepto que recogió el art. 53.2 del TRLS 1976 refiriéndose a “urbanizaciones de iniciativa particular”. Entre aquéllos se encontraba el modo de ejecución de las obras de urbanización y la “previsión sobre la futura conservación de las mismas”, dado su carácter privado. Esto generó alguna dificultad terminológica, pues parte de la doctrina identificó “urbanización privada” con “plan de iniciativa particular ejecutado también por particulares” (v. gr., RUIZ-RICO R., 1987:45-6)⁴⁷⁶. RAGEL S. precisó que el dato decisivo para calificar a una urbanización como privada no era la iniciativa del plan que le dio origen sino “...que existan unos terrenos de uso privado y plural a favor de los habitantes de la urbanización” (RAGEL S., 1990:60), esto es, que hubiesen elementos, viales, instalaciones y servicios para el uso de la comunidad de propietarios que excluyesen el uso de terceros ajenos a ella.

La regulación del funcionamiento de este tipo de urbanizaciones fue una materia largamente debatida. En principio, los propios propietarios podían pactar el sistema que prefiriesen ejerciendo su libertad contractual. La doctrina planteó como alternativas posibles las de una comunidad ordinaria, una servidumbre (un conjunto de predios sirvientes —zonas comunes— a favor de unos predios dominantes —las parcelas—), una sociedad y la aplicación analógica de la LPH de

⁴⁷⁶ “Si urbanizar, podemos decir, es dotar a una parcela de los servicios indispensables que convirtiéndola en solar permite su edificación posterior, merecerá la calificación de particular aquella forma de urbanizar que incorpora la máxima participación de los particulares en el proceso... Las urbanizaciones privadas constituyen, pues, manifestaciones de la iniciativa privada en el proceso urbanizador que se caracterizan porque en ellas los particulares, con los requisitos que más adelante veremos, no solamente realizan el plan de ordenación correspondiente, sino que además lo ejecutan a su costa, y por ellos mismos” (Ibíd.).

1960, entre otras. Ésta última fue la más socorrida y suponía partir del régimen regido por el art. 396 del Código Civil, en el texto que había fijado la propia LPH:

“Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbres”⁴⁷⁷.

Este régimen fue pensando, originalmente, para edificaciones en altura y supone la concurrencia de dos derechos, uno singular y exclusivo de propiedad sobre el propio piso y otro sobre los elementos comunes al edificio, compartido con los demás dueños de pisos o locales. La jurisprudencia ocupó este mismo modelo para resolver los problemas de las comunidades en extensión⁴⁷⁸, entendiendo que en estos casos el elemento común estaba constituido por los terrenos que se establecían a favor de los habitantes de la urbanización y se restringían a terceros ajenos a ella (RAGEL S., 1990:62). En palabras de SAPENA T., una “propiedad horizontal tumbada”:

“Sin paradoja ninguna, la propiedad horizontal es consecuencia de la verticalidad en la construcción, mientras que la urbanística, con propiedades en vertical —*usque ad sidera*— lo es de la horizontalidad en su planteamiento. ¿Qué se ha hecho? Tumbiar la propiedad horizontal: las escaleras y ascensores se han convertido en caminos y viales; las terrazas y patios de luces, en zonas verdes y de recreo; los departamentos, en parcelas, y hasta los porteros de la verticalidad en sus funciones han pasado a guardas, con vigilancia en horizontal” (SAPENA T., 1966:983).

La Ley 8/1999, de 6 abril⁴⁷⁹, que fijó el texto actual del art. 396 del CC⁴⁸⁰, vendrá a reconocer expresamente la existencia de esta figura añadiendo a la LPH el artículo

⁴⁷⁷ Este texto corresponde al inciso 1º de dicho artículo que estuvo vigente hasta ser sustituido por la Ley 8/1999, de 6 abril, como ya veremos. La redacción original del Código, que como se sabe estuvo vigente desde el 14.08.1889, había ya sido modificada por el art. 1º de la Ley de 26 octubre 1939 (BOE núm. 301, de 28.10.1939), en atención a la necesidad de abrir cauce a la libertad contractual, pues —como decía su exposición de motivos— “Los graves daños inherentes a la guerra sufridos por la edificación urbana exigen la facilidad de los medios necesarios a la obra urgente de su reparación”, y la redacción de 1889 no aclaraba que podían venderse un piso sin necesidad de ejercer la acción de división de la comunidad por lo que el TS exigía vender todo el edificio en pública subasta con la consiguiente obstaculización del tráfico de estos inmuebles (MEDINA DE L., 1999:212).

⁴⁷⁸ Véanse, por ejemplo, las STS de 28 de mayo de 1985, de 20 de febrero de 1990 y de 16 de junio de 1995.

⁴⁷⁹ BOE núm. 84, de 08.04.1999.

⁴⁸⁰ BOE núm. 84, de 08.04.1999.

24 sobre “Régimen especial de propiedad aplicable a los complejos inmobiliarios privados”⁴⁸¹. Allí se afirma la aplicación del régimen de la propiedad horizontal a los complejos inmobiliarios privados que reúnan dos requisitos:

- “a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales.
- b) Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios”.

La ley reconoce como formas organizativas posibles de estos complejos la de una comunidad de propietarios sujeta a la LPH o la de una agrupación de comunidades de propietarios, sujeta también a la LPH con las especialidades que establece el art. 24.3 de la misma. De no adoptarse ninguna estas formas el complejo inmobiliario se regirá sólo supletoriamente por la LPH, considerando las especialidades de su art. 24.3.

⁴⁸⁰ **“Artículo 396. Elementos comunes de diferentes propiedades.** Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquellos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles. / Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable. En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto. / Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados”.

⁴⁸¹ También puede citarse la regulación de las urbanizaciones privadas del Libro quinto del Código civil de Cataluña, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 mayo, de la Generalitat de Cataluña (D.O. Generalitat de Catalunya núm. 4640, de 24.05.2006, rectificado en D.O. Generalitat de Catalunya núm. 4655 de 15.06.2006), que las denomina “propiedad horizontal por parcelas” (arts. 553-53 a 553-59).

En lo que interesa a nuestro estudio lo importante es que, como ya anticipamos, estas urbanizaciones permiten que superficies que, en principio, serían públicas, queden reservadas a favor de los copropietarios (“elementos, viales, instalaciones y servicios”, dice el art. 24 LPH), tal como explicaban hace casi medio siglo MARTÍN M. (1964:84-87), SAPENA T.⁴⁸² y, poco tiempo después, MARTÍN B. (1976:139-204), especialmente de cara a las urbanizaciones turísticas que entonces empezaron a desarrollarse (BASSOLS C., 2006:79-80). En efecto, en estos casos una parte de la cesión de terrenos no se hace al Ayuntamiento sino que se realiza en favor del colectivo de propietarios. El TS ha establecido que aunque “calle particular” no es un concepto que aparezca en los textos positivos vigentes en España, puede fácilmente definirse:

“...por lo menos en un sentido lato y por oposición al de «calle pública», como aquella vía destinada a la circulación tanto peatonal como viaria de quienes son propietarios del terreno en que se encuentra situada, que en este caso concreto son los propietarios del inmueble... constituido en régimen de propiedad horizontal, lo cual, de conformidad con lo prevenido en el artículo 396 del Código Civil en relación con el 3º de la Ley de Propiedad Horizontal y el título constitutivo de dicho régimen de bienes, constituye a dicha calle particular en un elemento común del indicado edificio” (STS de 14 de noviembre de 1985, RJ 1985\5609, FJ 3º).

Por otro lado, el alto Tribunal ha admitido la licitud de cerrar al público y los vehículos no pertenecientes a una comunidad una calle que pertenece a ésta:

“...la simple colocación de una verja o puerta móvil en el pasaje o calle particular con la única finalidad de impedir a los extraños su indebida utilización, en nada viene a alterar la naturaleza de elemento común que indudablemente ostenta el paso, ni le hace inservible para su adecuada utilización general que continúa sirviendo de acceso y comunicación, ni impide su normal uso por los comuneros” (STS de 15 de febrero de 1988, RJ 1988\1989).

De igual manera, el TS validó el carácter y uso privado de los viales de una urbanización privada cuyo plan especial databa de 1965, rechazando la exigencia municipal de cederlos gratuitamente. Para ello tuvo en cuenta, entre otros antecedentes, que en 1975 el propio Ayuntamiento había desafectado del uso público los terrenos correspondientes a los mismos caminos (STS de 2 de junio de 1987, RJ 1987\5915)⁴⁸³.

⁴⁸² Este autor señaló que uno de los fines primordiales de toda urbanización particular era, “...respecto a los elementos de uso común... alcanzar, en el máximo grado posible, la exclusividad en tal uso para las parcelas o propiedades de la zona, con exclusión de los extraños a la misma” (SAPENA T., 1966:976).

⁴⁸³ En el FJ 4 se indica, con rotundidad, que “En definitiva, lo que aquí se discute es si los viales de la urbanización son públicos —estando, en consecuencia, abiertos al uso de

Una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo —confirmada por el TS (STS de 18 noviembre, RJ\2004\6908)— ha venido a sistematizar esta materia, no sin antes poner de relieve que el régimen legal de las urbanizaciones es un tema conflictivo, tanto “...por la relación con las corporaciones locales en cuyo territorio se produce su actividad, relativo a la conservación de los servicios, la cesión de espacios, la policía urbana y la administrativa y, en general, en toda la cuestión económica y técnica de la inserción comunitaria y administrativa del nuevo núcleo dentro del término municipal con su debido encaje en la vida y organización locales”:

«El primer **tema polémico en las relaciones de la urbanización y el ayuntamiento** surge a propósito de la conservación y mantenimiento de la urbanización así como la contribución a los gastos, particularmente los viales o calles de las mismas, suscitando gran controversia la naturaleza jurídica de las mismas. Esta cuestión no es unánimemente concebida en la doctrina. Asimismo, **en ocasiones** ha sido el propio municipio el que ha sostenido la tesis del **dominio público de los viales de las urbanizaciones privadas, pero en otras se ha mostrado partidario del carácter privado** a fin de no recibirlos y liberarse de los deberes y de los costes de su mantenimiento; la misma actitud ambivalente es posible observar en los titulares de las urbanizaciones privadas, partidarios unas veces de la tesis municipalizadora que les libera de los costes y de la gestión de los servicios comunes y en otras partidarios de la tesis de su carácter privado a fin de mantener la urbanización en un confortable y aristocrático aislamiento del tráfico general y exentos de las potestades de policía y fiscales de las corporaciones locales. / Algunos autores se pronuncian claramente por el carácter público de los viales, otros admiten la existencia de calles privadas pero de uso público y, en fin, otros admiten la existencia de calles privadas estrictamente. / **La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la existencia de calles privadas**, en las Sentencias de 14 noviembre 1985 (RJ 1985\5609), 2 junio 1987, 15 febrero 1988 (RJ 1988\1989) y 13 marzo 1989 (RJ 1989\2038). / Por su parte los arts. 67, 68 y 69 del Reglamento de Gestión Urbanística, establecen que:

“Art. 67. La conservación de las obras de urbanización y el mantenimiento de las dotaciones e instalaciones de los servicios serán de cargo de la Administración actuante, una vez que se haya efectuado la cesión de aquéllas”.

“Art. 68.1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, quedarán sujetos los propietarios de los terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación a dicha obligación, cuando así se imponga por el Plan de Ordenación o por las bases de un programa de actuación urbanística o resulte expresamente de disposiciones legales. / 2. En el supuesto del número anterior, los propietarios habrán de integrarse en una entidad de conservación...”.

todos— o, por el contrario, son privados y de uso exclusivo de los propietarios de la Urbanización”. La sentencia opta, como señalamos, por la segunda opción.

Por otro lado, el art. 48.2 del Reglamento urbanístico establece que el Plan Parcial deberá expresar el destino público o privado de los terrenos que resulten edificables, de los que se destinan a dotaciones y de los correspondientes a espacios libres, por lo que el Plan Parcial puede determinar el destino privado de las dotaciones, a la vista de la configuración de la urbanización en cada caso concreto. / **Por consiguiente los viales, calles, o servicios, a la vista del caso concreto de cada urbanización**, por la característica de su proceso urbanizador (urbanización de uso privado, cerrada sobre sí misma, constituida sobre terrenos estrictamente privados, sin utilización de las formas de gestión y ejecución que contempla la Ley del Suelo, o urbanizaciones de uso privado, pero con fines y destinos públicos en algunas zonas comunes, como Colegios, tiendas, hoteles, etc.), **pueden ser de carácter público o privado según el compromiso adquirido en el Plan Parcial**, sin perjuicio de las normas urbanísticas referidas al ejercicio de las facultades administrativas correspondientes a los ayuntamientos» (SAP de Toledo, Sección 1ª, núm. 207/1998, de 22 junio, AC\1998\1321, negritas nuestras).

ROMERO H. considera que "...la calle, como tal, prevista así por el Planeamiento y que necesita ser utilizada por el común de los ciudadanos, no puede en modo alguno considerarse como privada y tener controlado su acceso por impedimentos materiales, como la jurisprudencia ha reiterado cuando tal supuesto se ha planteado. A veces, en tanto no se ha recibido la urbanización, se producen situaciones de hecho en que tales impedimentos de acceso físico se colocan, generalmente, a su entrada y provisionalmente tolerados, pero, finalmente, la concurrencia de la afectación implícita o formal con el uso real desemboca en la clara exigencia de su desaparición" (ROMERO H., 2001:576).

CANOSA Z. ha expuesto la incongruencia de un Ayuntamiento que, como requisito para aprobar estatutos de entidades de conservación urbanística, exige consignar el dominio y uso *público* de viales y zonas verdes para garantizar su "uso y disfrute *abierto a todas las personas*", mientras, en los mismos casos concretos, "no sólo acepta la existencia de vallas perimetrales con garita de vigilancia... sino también el testimonio escrita de ella". Incluso, uno de esos Estatutos establece que "...la valla externa que circunda la urbanización es un elemento común que en ningún caso podrá ser abierto al exterior, incluso cuando coincida con el cerramiento de parcelas privadas" (CANOSA Z., 2002:559)⁴⁸⁴. En otras palabras, se dispone expresamente el cierre perimetral de la urbanización con lo que viales y zonas verdes interiores pasan a tener un uso y disfrute restringido.

Las situaciones descritas en los párrafos precedentes suelen estar auspiciadas por la existencia de entidades de conservación urbanística, que pueden definirse como:

⁴⁸⁴ Se trata del Ayuntamiento de Las Rozas y las entidades de conservación de la Urbanización Nuevo Club de Golf (1979) y La Chopera (1994).

“...un típico ente urbanístico colaborador, de naturaleza administrativa, que goza de personalidad jurídica plena desde el momento de su inscripción en el Registro correspondiente y que, integrada por los propietario de los terrenos incluidos en un polígono o unidad de actuación, asume las facultades y deberes que le confiere el Ordenamiento jurídico y los Estatutos, que debidamente aprobados, lo desarrollan, con objeto de conservar las obras de urbanización y el mantenimiento de las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos pertenecientes a la indicada pieza territorial” (ROMERO H., 2001:580).

El RGU regula estas entidades, especialmente en sus arts. 24.2.c), 24.3, 25.2 y 25.3. El último de ellos exige constituir una de estas entidades “siempre que el deber de conservación de las obras de urbanización recaiga sobre los propietarios comprendidos en un polígono o unidad de actuación en virtud de las determinaciones del Plan de ordenación o bases del programa de actuación urbanística o resulte expresamente de disposiciones legales”. Y añade que, en tales supuestos, “la pertenencia a la entidad de conservación será obligatoria para todos los propietarios comprendidos en su ámbito territorial”. Lo anterior es ratificado por el art. 68 del RGU. Estas entidades responden a la necesidad de conservar —de allí su nombre— las obras de urbanización y mantener las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos en tanto no se hayan cedido a la Administración actuante, pues una vez que esto ocurre será de cargo de aquélla su conservación y mantenimiento. Sin embargo, muchas veces esta situación se perpetúa porque el Municipio no quiere hacerse cargo de la mantención y conservación de las obras y pospone indefinidamente la recepción (si bien algunas legislaciones autonómicas han adoptado medidas para evitar esto)⁴⁸⁵.

485

Por ejemplo, el art. 188 de la LuValencia impide que se traslade este deber a los propietarios por tiempo indeterminado y establece un plazo automático para la recepción tratándose de obras de urbanización ubicadas en dominio público. Su texto dispone lo siguiente: “*Artículo 188. Conservación de la urbanización. / 1. La conservación de las obras de urbanización es responsabilidad del Ayuntamiento desde su recepción, siendo antes del Urbanizador. Carecerá de validez todo pacto o disposición que pretenda trasladar esa competencia a personas privadas o asociaciones de propietarios sin colaboración y control público o sin condiciones o por tiempo indeterminado. Los administrados no podrán ser obligados por mandato de la administración a integrarse en esas asociaciones. / 2. Las obras de urbanización, realizadas por Urbanizador competente y ubicadas en dominio público, se entenderán recibidas a los tres meses de su ofrecimiento formal al Ayuntamiento sin respuesta administrativa expresa, o desde que queden abiertas al uso público. Desde el momento en que se entiendan recibidas quedarán en periodo de garantía durante doce meses, en los que el Urbanizador responderá de los defectos constructivos que se manifiesten. Finalizado este periodo, procederá la devolución de las garantías prestadas por el Urbanizador. / 3. Los gastos de conservación serán a cargo de la administración a partir de que sean recibidas las obras, salvo que ésta reclame la reparación de vicios. / 4. La recepción se entiende sin perjuicio de las acciones, incluso civiles, que asistan a la administración o a los administrados, por daños derivados de vicios ocultos*”.

En otros casos son los copropietarios de la urbanización quienes constituyen voluntariamente la entidad de conservación, sea por desconfiar de la asunción municipal de los servicios, por buscar estándares de mantención que rebasen los mínimos que prestaría el Ayuntamiento o por la necesidad de específicas formas de conservación de los servicios (ROMERO H., 2001:583).

Finalmente, existen también reconocimientos normativos para las vías privadas. Podemos mencionar la Ordenanza sobre Uso y Conservación de Espacios Libres de Madrid⁴⁸⁶, dictada en 1984, y que expresa en su exposición de motivos que su aprobación responde a que en muchas ocasiones se desconoce "...cuáles son los espacios públicos y los privados tanto en cuanto a zonas verdes como a red viaria y... cuál es el uso que se puede hacer sobre todo de los privados". En su artículo 3 establece que son vías de dominio y uso privado:

- a) "Las que figuren expresamente con tal carácter en el planeamiento general, especial, parcial o estudios de detalle que las contemplen".
- b) "Los fondos de saco para el acceso a bloques interiores de una manzana o a parcelas unifamiliares o multifamiliares de propiedad privada, siempre que los mismos cumplan los requisitos establecidos en las vigentes Ordenanzas Municipales sobre uso del suelo y edificación. Con carácter excepcional podrán considerarse como vías privadas calles no en fondo de saco cuando sus características y diseño, capacidad y regulación de tráfico, no permite su utilización como itinerario alternativo de la vía pública a la que tengan entrada y salida".

En sus arts. 4 a 7, en tanto, define qué espacios libres que no constituyan red viaria son de dominio y uso público para señalar, en su art. 8, que los restantes serán "espacios de dominio y uso privado". Estos serían los no calificados como sistemas generales o espacios libres de dominio y uso público en los planes urbanísticos o no justificados como tales en el planeamiento de desarrollo, además de las puntuales hipótesis inversas a las establecidas en los arts. 6 y 7. Este último puede dar pie a que, por ejemplo, sean privados los espacios lineales de circulación que en el 70% de su largo no tengan una anchura superior a 10 m o que, teniéndolo, experimenten estrangulamientos superiores a 5 m, todo esto con un margen de tolerancia del 10%.

Por otro lado, la ordenanza impide que las redes viarias tengan cierres que limiten "...temporal o permanentemente el libre acceso a los servicios públicos tales como recogida de basuras, bomberos, ambulancias, etc.", salvo que se disponga "de conserje o guarda permanente" (art. 12), excepción que viene a legitimar las garitas y controles de acceso en urbanizaciones privadas. En cuanto a los espacios libres privados, la Ordenanza señala que su uso se ajustará a los Estatutos de la

⁴⁸⁶ B.O. del Ayuntamiento de Madrid núm. 4578, de 15.10.1984, p. 952 y ss.

Comunidad de Propietarios, “...pudiendo proceder a su cerramiento o vallado en la forma que determinan las normas u ordenanzas municipales” (art. 13.1).

En síntesis, la ordenanza madrileña reconoce la posibilidad de impedir a terceros el uso de redes viarias “privadas” y de espacios libres “privados”. Precisamente lo que se espera de una urbanización privada. Como matización admite que el plan pueda “...fijar itinerarios peatonales de uso público a través de los espacios libres privados, en cuyo caso se requerirá la constitución de una servidumbre de paso, si dichos itinerarios forman parte de una red unitaria” (art. 13.2).

b) Las urbanizaciones privadas en Chile.

El ordenamiento chileno ha vivido una situación análoga a la española. En 1937 se aprobó la Ley N° 6.071, de Pisos y Departamentos⁴⁸⁷, que también fue conocida como Ley de Propiedad Horizontal. Tras diversas modificaciones⁴⁸⁸ su texto se incorporó a la Ley General de Construcciones y Urbanización en el texto fijado por el D.S. N° 880/1963, del Ministerio de Obras Públicas⁴⁸⁹, pasando a ser su Capítulo V (artículos 44 a 68). Por su parte, la Ordenanza General de Construcciones y Urbanización contempló desde 1949 un capítulo especial sobre propiedad horizontal⁴⁹⁰.

En 1968 el art. 76 de la Ley N° 16.742⁴⁹¹ agregó un inciso 2° al art. 44 para admitir expresamente los condominios en extensión al declarar que:

“...los conjuntos habitacionales y edificios que constituyen una unidad y que se compongan de **dos o más casas** o departamentos, **aunque consten de un solo piso** y gocen de salidas individuales independientes, han podido y pueden acogerse a las disposiciones del presente Capítulo, cuando el número y entidad de los bienes comunes a que se refiere el artículo 46° lo hagan necesario” (negritas nuestras).

La LGUC de 1976 derogó el D.F.L. N°224/1953, pero mantuvo vigente “la parte relativa al texto definitivo de la Ley N° 6.071” (art. 169, inc. 2°) y contempló en su

⁴⁸⁷ D.O. 10.08.1937.

⁴⁸⁸ Cfr. *supra* Capítulo 1, apartado 3.2.5.b)iv.

⁴⁸⁹ Conforme su título, este D.S. fija el texto “definitivo” del D.F.L. N°224/1953 y de la Ley N°6.071.

⁴⁹⁰ Es el capítulo XIV del Título II de su primera parte, aprobado por el D.S. N° 884/1949, del Ministerio de Obras Públicas (D.O. 10.09.1949).

⁴⁹¹ D.O. 08.02.1968. Se trató de una Ley “miscelánea”, al estilo de las Leyes de Acompañamiento españolas, como acredita su título: “Autoriza a municipalidades para prestar diversos servicios, modifica Ley General de Construcciones y Urbanización, Ley N° 5.604, Ley N° 8.946, D.F.L. N° 2/1959, D.F.L. N° 205/1960, y demás leyes que se señala, crea la Corporación de Obras Urbanas; establece normas sobre autoconstrucción, impuesto del 4 y 5% sobre las utilidades establecido en favor de la Corporación de la Vivienda y, en general, sobre diversas materias habitacionales”.

Título III, Capítulo I, un párrafo 3º denominado “De Los Edificios y viviendas acogidos a la Ley de Propiedad Horizontal” (artículos 110 a 115)⁴⁹². El nombre del párrafo y el art. 110 ratifican su aplicación a los conjuntos de viviendas y no sólo a los edificios. En efecto, este último señaló que: “Los departamentos, oficinas o locales de un edificio y las **casas aisladas o adosadas en que exista propiedad común del terreno**, podrán pertenecer a distintos propietarios y constituir propiedad separada, en base a los principios generales que se establecen en la Ley de Propiedad Horizontal y en este párrafo”. Las nuevas normas llevaron a reemplazar el capítulo respectivo de la Ordenanza General por uno nuevo en 1977, que también contempló disposiciones para los conjuntos de viviendas sujetos a Propiedad Horizontal⁴⁹³ (el art. 199 ñ) habla de “conjuntos de edificios en altura o en extensión”) y autorizó emplazar “rejas de cierre en el perímetro total del conjunto habitacional” (inc. 2º del art. 199 n).

En 1997 se dictó la Ley Nº 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria⁴⁹⁴, que con este nuevo nombre y sus 50 artículos vino a desplazar la noción de propiedad horizontal derogando las disposiciones aún vigentes de la Ley Nº 6.071 y los artículos de la LGUC referidos a este tema. Fue reglamentada por el D.S. Nº 46/1998, V. y U.⁴⁹⁵ El artículo 1º de la Ley dice que regula:

“...un régimen especial de propiedad inmobiliaria, con el objeto de establecer condominios integrados por inmuebles divididos en unidades sobre las cuales se pueda constituir dominio exclusivo a favor de distintos propietarios, manteniendo uno o más bienes en el dominio común de todos ellos”.

En su art. 2º Nº 1 la Ley distingue dos tipos de condominios, los cuales no podrán estar emplazados en un mismo predio:

“Tipo A, las construcciones, divididas en unidades, emplazadas en un terreno de dominio común, y

Tipo B, los predios, con construcciones o con proyectos de construcción aprobados, en el interior de cuyos deslindes existan simultáneamente sitios que pertenezcan en dominio exclusivo a cada copropietario y terrenos de dominio común de todos ellos”.

Los condominios Tipo B corresponden al modelo de las urbanizaciones privadas dispersas. La misma Ley establece que sólo son públicas las vialidades contempladas previamente en el Plan Regulador. En efecto, según su art. 9º todo condominio debe cumplir con las normas urbanísticas, incluidas las cesiones

⁴⁹² También art. 166 contenía una referencia a los conjuntos de viviendas económicas sujetos a la Ley de Propiedad Horizontal.

⁴⁹³ D.S. Nº 1.171/1977, V. y U. (D.O. 15.12.1977).

⁴⁹⁴ D.O. 16.12.1997.

⁴⁹⁵ D.O. 17.06.1998.

gratuitas y las obras de urbanización. Esto supondría que recepcionado un condominio por la Dirección de Obras Municipales pasarían al “...dominio nacional de uso público todas las calles, avenidas, plazas y espacios públicos en general, que existieren en la nueva zona urbanizada” (art. 135 LGUC). No obstante, el art. 9º contempla una excepción: que sólo se incorporarán al dominio nacional de uso público las calles, avenidas, plazas y espacios públicos “que estuvieren considerados en el respectivo plan regulador”⁴⁹⁶. Para entender esto hay que advertir que el sistema chileno no contempla un modelo de ejecución sistemática del planeamiento, sino sólo uno de actuaciones aisladas. Cada una, entonces, debe aportar cesiones para “circulación, áreas verdes, desarrollo de actividades deportivas y recreacionales, y para equipamiento”, según la exigencia que determine la Ordenanza General, “...proporcionalmente en relación con la intensidad de utilización del suelo que establezca el correspondiente instrumento de planificación territorial” y con un límite del “del 44% de la superficie total del terreno original” (art. 70 LGUC). El art. 2.2.5. de la Ordenanza establece el sistema de cálculo en base a una tabla que combina usos con densidad. En consecuencia, es perfectamente posible que aplicada ésta un proyecto deba ceder un porcentaje de terreno superior a las calles, avenidas, plazas y espacios públicos considerados en el respectivo plan regulador, especialmente en el área urbanizable donde las determinaciones del plan son mínimas. En un proyecto normal la diferencia se transformará en un bien nacional de uso público. En un condominio, no. El Reglamento ha venido a aclarar algo que las superficies “...destinadas a circulación y áreas verdes, son de dominio de la respectiva comunidad de copropietarios”. En otras palabras, son bienes comunes. La Ordenanza dispone que las vialidades deberán tener las mismas exigencias técnicas de un loteo común y que deberán ser recepcionadas por la Dirección de Obras Municipales, de manera que se trata de calles de propiedad privada que tienen los mismos estándares técnicos de las públicas⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ En el mismo sentido el art. 2.2.4. N° 2 OGUC señala que: “El propietario de un predio estará obligado a ejecutar obras de urbanización en los siguientes casos: (...) N° 2 Cuando se trate de proyectos acogidos a la Ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria, cuyo predio esté afecto a utilidad pública por el Instrumento de Planificación Territorial. / En estos casos, el propietario estará obligado a urbanizar y ceder, **únicamente, la superficie del predio afecta a utilidad pública** indicada en el citado instrumento” (negritas nuestras).

⁴⁹⁷ Artículo 2.6.17. OGUC: “Los proyectos acogidos a la Ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria, clasificados como condominios Tipo B, deberán contemplar superficies de terreno de dominio común destinadas a vialidad, áreas verdes y equipamiento como si se trataran de proyectos de loteo. / En estos casos, el proyecto deberá asimilar los anchos de las vías conforme a la tipología que establece el artículo 2.3.4. de este mismo Título y el pavimento de las mismas se ejecutará conforme a las especificaciones mínimas que

Con todo, la Ley se cuidó de establecer una garantía de conectividad con la red viaria pública, al exigir que el terreno en que estuviere emplazado un condominio tuviese "...acceso directo a un espacio de uso público o a través de servidumbres de tránsito", y que los sitios que pertenezcan en dominio exclusivo a cada copropietario "...deberán tener acceso directo a un espacio de uso público o a través de espacios de dominio común destinados a la circulación". Se prohíbe, por último, la "construcción o colocación de cualquier tipo de objetos que dificulten el paso de personas o vehículos de emergencia por dichas vías" (art. 9º, inciso 3º). En consecuencia, respetando estas mínimas limitaciones el condominio puede cerrarse al acceso de terceros.

Las normas anteriores permiten generar urbanizaciones privadas sin grandes dificultades. Las dimensiones de éstas sólo serán acotadas por el propio mercado, especialmente considerando la proyección de gastos comunes que sus copropietarios deban soportar. Lo anterior generó fundadas críticas tratándose de condominios de viviendas sociales pues permitía seguir extendiendo áreas de gueto. Por ello, un grupo transversal de parlamentarios⁴⁹⁸ presentó una moción parlamentaria que declaraba entre sus propósitos "...propender a crear un mejor entorno y calidad de vida en los condominios de viviendas sociales", evitando que estuviesen "conformados por un número excesivo de unidades" y procurando "que cuenten con un ordenamiento, distribución, espacios comunes y equipamiento que favorezca la convivencia y la seguridad de los vecinos". La propuesta fue acogida por el ejecutivo y se transformó en la Ley Nº 20.168, de 2007⁴⁹⁹, que estableció un máximo de 150 unidades para los condominios de viviendas sociales (art. 39 Ley Nº 19.537).

Con todo, el programa de subsidios para viviendas dedicado al 40% más pobre de la población, denominado "Fondo Solidario de Vivienda"⁵⁰⁰, que exige una postulación grupal permite, en el art. 4º de su Reglamento, que el grupo esté "integrado a lo menos por 10 familias, con un máximo de 300". Esto último implica

señalan los incisos quinto y siguientes del artículo 3.2.5., las cuales podrán ser modificadas por el arquitecto del proyecto, siempre que se aseguren condiciones similares en cuanto a resistencia y durabilidad. (...)" . Los dos últimos incisos añaden que las obras de pavimentación no requerirán permisos especiales o la aprobación de un proyecto de las mismas y que serán recepcionadas por la Dirección de Obras Municipales bajo el carácter de "obras complementarias". También pueden consultarse a este respecto las Circulares Específicas DDU Nº 62/2007, especialmente en su punto Nº 4, y DDU Nº 32/2009.

⁴⁹⁸ Se trata de los/as diputados/as o ex diputados/as de los partidos entonces gobernantes I. Allende B., F. Meza M., C. Montes C., M. Antonieta Saa D., E. Caraball, E. Riveros y J.P. Letelier, y de la entonces oposición P. Melero A., R.M. García y G. Uriarte H.

⁴⁹⁹ D.O. 14.02.2007.

⁵⁰⁰ Creado por el D.S. Nº 155, V. y U. (D.O. 14.09.2001), y actualmente regulado por el D.S. Nº 174, V. y U. (D.O. 09.02.2006).

que se estarían generando condominios de viviendas sociales de 300 unidades. Una señal, por cierto, contradictoria.

1.2.3. El cierre de calles públicas por razón de seguridad: otra privatización del espacio público

Finalmente, conviene comentar que en el caso chileno se ha presentado en el último tiempo un nuevo fenómeno de privatización del espacio público fundado en la seguridad ciudadana: el enrejamiento de calles públicas. En la década de 1990, y en el contexto de una creciente sensación de inseguridad ciudadana, se empezó a plantear la idea de cerrar pasajes peatonales o calles de bajo tránsito mediante rejas controladas por los vecinos. El propósito era prevenir el ingreso de potenciales delincuentes. Las primeras veces en que se planteó esta idea, la Contraloría General de la República sostuvo que concesionar pasajes peatonales o calles facultando a los concesionarios para cerrarlos implicaba conferirle a un grupo de particulares un derecho de ocupación preferencial sobre bienes nacionales de uso público. Esto resultaba incompatible con el uso común que respecto a ellos tienen todos los habitantes de la República, conforme los artículos 589 y 598 del Código Civil⁵⁰¹. Así lo expresó en sus dictámenes N° 20.273/1993, N° 35.309/94 ó N° 28.870/1996, entre otros.

El dictamen N° 11.421/2000 vino a cambiar este estado de cosas. En él, Contraloría afirmó que la promoción del bien común, finalidad del Estado según el art. 1° de la CPR, no sólo incluía asegurar a las personas el libre tránsito sino también su seguridad. Dicho de otro modo, el derecho de toda persona a circular por los bienes nacionales de uso público debía interpretarse a la luz del deber que tienen los organismos públicos de velar por seguridad ciudadana, y que es un correlato del derecho de las personas a la vida e integridad física y psíquica, a la inviolabilidad de sus hogares, a la seguridad individual y a la propiedad. A mayor abundamiento, en el caso de las municipalidades la LOCM les permite apoyar y fomentar la materialización de medidas de prevención en materia de seguridad

⁵⁰¹ Art. 589: “Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. / Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. / Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales”. Art. 598: El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen”.

ciudadana y colaborar en su implementación (art. 4 j)⁵⁰². A la luz de todo esto Contraloría concluye que:

“...las Municipalidades del país, se encuentran habilitadas para adoptar medidas de prevención, como es el de autorizar el cierre de un pasaje público, por razones de seguridad ciudadana, debidamente ponderadas, y fundadas en estudios técnicos, y en armonía con la naturaleza jurídica de bienes nacionales de uso público, sin afectar gravemente los derechos constitucionales de los ciudadanos”.

El dictamen N° 38.149/2000 vino a limitar este nuevo enfoque a las calles y pasajes de una sola entrada o salida (pasajes o calles ciegas) y los pasajes peatonales, excepto cuando convergieran en una avenida o calle principal y siempre que ello no significara un detrimento importante al uso común de dichos bienes, ni afectase gravemente los derechos constitucionales de cualquier persona. Para ello solicitaba aplicar “...el principio de la racionalidad, basándose en un criterio jurídico de interés superior, debidamente ponderado y fundamentado en estudios técnicos”. Afirmó, además, que no era necesario, pero si conveniente, contar con una ordenanza municipal para regular el cierre de calles o pasajes. Lo mismo se dijo en los dictámenes N° 2.500/2004, N° 47.173/2005, N° 31.422/2008, N° 49.757/2008, N° 4.656/2009 y N° 69.663/2009, entre otros.

Basados en estos criterios numerosos Municipios aprobaron ordenanzas específicas sobre cierre de calles y pasajes o, sencillamente, empezaron a cobrar por cerrarlos en sus ordenanzas sobre derechos municipales (aunque en muchos casos hay exenciones). En la Región Metropolitana, por ejemplo, la Municipalidad de Peñalolén cuenta con una “Ordenanza sobre cierre de calles ciegas y pasajes” (01.06.1998) y la de Puente Alto, con una “Ordenanza para la regulación de la ocupación y cierre de vías y áreas que constituyan bienes nacionales de uso público” (10.12.2007). En ambas se pide que quienes soliciten el cierre sean “...vecinos interesados que representen al menos las $\frac{3}{4}$ partes (75%) de los inmuebles ubicados en la calle o pasaje de que se trate”. Además, se exige el uso de cierres transparentes que estén dotados de sistemas de comunicación permanentes

⁵⁰² El art. 4 j de la LOCM dispone que “Las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: (...) j) El apoyo y el fomento de medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana y colaborar en su implementación, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 101 de la Constitución Política;”. Cabe señalar que la Corte de Apelaciones de Santiago, ante la invocación de esta norma para fundamentar el decreto municipal que ordenaba el cierre vehicular nocturno de un grupo de calles (el caso que se comenta arriba a continuación), señaló que “...que la norma en comento sólo concede atribuciones de apoyo y fomento a las autoridades que por mandato constitucional y legal están a cargo del tema y no otorga facultades ejecutivas para la adopción de iniciativas privadas” (SCA Santiago Rol N° 4.515-2006, de 29.09.2006, consid. 15º).

con los usuarios, de manera que puedan abrirse en cualquier momento. En el caso de Puente Alto se permite pedir el cierre de “calles y pasajes abiertos” con la “firma de a lo menos 4/5 partes (80%) de los vecinos cuyos inmuebles formen parte de la vía o área solicitada para practicar su cierre” (art. 13), exigiéndose además un compromiso escrito de los vecinos en orden a mantener “un acceso vehicular y peatonal abierto entre las 07:00 y 22:00 hrs. de todos los días de la semana” (art. 14). Estas normas persiguen evitar un “detrimento importante al uso común” de estos bienes como, también, una afectación grave de los “derechos constitucionales de cualquier persona”, conforme ha requerido el ente contralor. Con todo, hay ordenanzas que exigen que estas solicitudes sean suscritas por la totalidad de los afectados⁵⁰³.

Conviene señalar que existe un nutrido grupo de dictámenes de Contraloría controlando estas situaciones ante reclamos por cierres no autorizados de calles o pasajes⁵⁰⁴, cierres autorizados por el municipio pero que no se adecúan a los criterios de Contraloría⁵⁰⁵, legalidad de Ordenanzas sobre cierre de estos espacios públicos⁵⁰⁶ o negativas de municipios a regularizar cierres efectuados sin autorización⁵⁰⁷. En los dictámenes N° 8.037/2007, N° 53.953/2008 y N° 60.632/2009,

⁵⁰³ P. ej., la ordenanza de la Municipalidad de Las Condes sobre “*ocupación de bienes nacionales de uso público que corresponden a calles ciegas o pasajes en fondo de saco y que permite su cierre*” (27.03.2009) exige que la solicitud de cierre sea suscrita “...por el 100% de los residentes a los que se les restringe el acceso vehicular y peatonal, con ocasión de la instalación del cierre metálico” (art. 1º, inc. 1º). Del mismo modo, la ordenanza sobre “*Cierre de calles o pasajes públicos ciegos de la comuna de Providencia*” (texto refundido de 27.02.2008) requiere el acuerdo unánime de todos los propietarios y ocupantes (art. 3º)

⁵⁰⁴ P. ej., los dictámenes N° 55.958/2008, N° 41.862/2009 y N° 60.632/2009.

⁵⁰⁵ P. ej., el dictamen N° 57.306/2009 ante el reclamo de una vecina determina que el cierre del pasaje le impediría acceder “...a la parte posterior de su propiedad, obstaculizando, además, la entrada y salida de vehículos de su inmueble”. De allí que, si bien concurre el requisito de tener el pasaje una entrada o salida solamente, su cierre afectaría al ejercicio del “derecho constitucional de propiedad, de manera que no se cumpliría uno de los presupuestos legales previstos al efecto”. Termina por ello requiriendo a la Municipalidad de Las Condes que verifique la situación referida y adopte, “...en su caso, las medidas necesarias para regularizar la situación”. También pueden verse los dictámenes N° 8.037/2007, N° 31.422/2008, N° 33.418/2008 y N° 53.953/2008.

⁵⁰⁶ P. ej., el dictamen N° 41.768/2008, que valida la dictación de la “Ordenanza Local sobre Ocupación de Bienes Nacionales de Uso Público para el Cierre de Calles y Pasajes”, contenida en el decreto alcaldicio N° 712/2007, de la Municipalidad de Maipú, y los dictámenes N° 33.284/2007 y N° 33.418/2008 que, en cambio, requieren a la Municipalidad de Puente Alto adecuar su “Ordenanza N° 6, de 2000, que permite el cierre de calles y pasajes abiertos y áreas verdes de la comuna”, para conjugar adecuadamente el uso de los bienes nacionales de uso público y el resguardo de la seguridad de la ciudadanía.

⁵⁰⁷ P. ej., el dictamen N° 57.306/2009 rechaza el reclamo contra un municipio por no regularizar cierres y ordenar, en cambio, el retiro de éstos, dado que “...corresponde exclusivamente a la respectiva municipalidad determinar si procede autorizar el cierre de

entre otros, se afirma que la autorización para cerrar calles o pasajes no exime al municipio "...de resguardar que esos bienes sigan manteniendo su carácter de nacionales de uso público, de modo que no se restrinja injustificadamente su uso y goce; no se discrimine arbitrariamente; y no se afecten las garantías constitucionales en su esencia". En la misma línea Contraloría ha requerido a los municipios "fiscalizar periódicamente... para verificar el cumplimiento de las condiciones del permiso, debiendo dejarlo sin efecto si esa finalidad no se cumple"⁵⁰⁸ e, incluso, ordenar el retiro de las rejas que impiden la libre circulación⁵⁰⁹. Conviene destacar que el dictamen N° 53.953/2008, que precisamente ordenaba dejar sin efecto el cierre de dos calles y que fue cumplido por el municipio respectivo revocando las respectivas autorizaciones, originó un reclamo de ilegalidad en contra del Alcalde, interpuesto por dos vecinas que estimaban que el cambio conculcaba su "derecho a vivir en un ambiente seguro". La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó este recurso aunque sin entrar en el tema de fondo; sencillamente se limitó a declarar que conforme al ordenamiento jurídico el Alcalde estaba obligado a cumplir los dictámenes de la Contraloría, de manera que su actuación no podía calificarse de ilegal⁵¹⁰. Hay también otra sentencia de la Corte en que rechaza un recurso de protección interpuesto para evitar el cierre de una

una calle determinada, la que deberá ajustarse a los criterios antes enunciados, verificando los supuestos de hecho que concurran en cada situación"; por ello, concluye "...que la actuación de la Municipalidad de La Florida en orden a denegar la solicitud de regularización del cierre de que se trata se ajustó al marco normativo enunciado en el presente oficio".

⁵⁰⁸ Dictamen N° 33.418/2008.

⁵⁰⁹ Así ocurrió en el dictamen N° 60.632/2009, que se pronuncia sobre la denuncia del cierre de una calle en la comuna de Peñalolén sin ningún permiso y fuera de los requisitos que habilitarían su cierre, "...toda vez no se trata de una calle que tenga una sola entrada o salida, sino que converge en dos calles, una de las cuales se trataría de una avenida principal..., sin que tampoco tenga un carácter exclusivamente peatonal, supuestos mínimos que deben concurrir para disponer el cierre de una calle". Por ello se requiere a la Municipalidad de Peñalolén que, "...a objeto de regularizar tal situación, deberá ordenar el retiro de la reja respectiva, informando de ello a esta Contraloría General, en el más breve plazo". Otros casos semejantes en los dictámenes N° 53.953/2008 y N° 41.862/2009.

⁵¹⁰ SCA Santiago Rol N° 2231-2009, de 08.09.2009. La sentencia afirma que "...el inciso final del artículo 9° de la Ley 10.336 y los artículos 51 y 52 de la Ley 18.695, permiten concluir que las Municipalidades y, en específico, el Alcalde, está obligado a cumplir los dictámenes de la Contraloría General de la República, de manera que, si en la especie el ente contralor estimó que el cierre de las aludidas calles era ilegal, la autoridad reclamada no tenía otra opción que dictar el correspondiente acto administrativo dejando sin efecto lo decretado anteriormente en orden a cerrar el paso de dos calles de la comuna en determinadas secciones, y eso fue precisamente lo que sucedió" (consid. 4°). Con todo, la Corte se cuida de precisar que "...con lo dicho no se avala de ninguna manera la opinión jurídica de la Contraloría General de la República...", sino que simplemente se refrenda que el Alcalde procedió conforme a derecho (consid. 5°).

calle ciega, estimando que en el caso concreto se habían cumplido los requisitos de la ordenanza municipal respectiva y porque los recurrentes, que eran los únicos vecinos que se oponían a esta medida tenían acceso a sus propiedades también por otra calle, de manera que “el cierre no les afecta ni en lo que dice relación con el libre tránsito, ni menos aún vulnera su derecho de propiedad”⁵¹¹.

Los párrafos anteriores reflejan un grado de conflictividad que reclama una definición legislativa. Se han presentado varias mociones sobre este tema, una de las cuales ha avanzado en su tramitación refundiéndose en ella la mayoría de las restantes; actualmente está en su segundo trámite constitucional⁵¹². De aprobarse en su estado actual se establecería la figura de una autorización de uso privativo temporal, pero renovable, cuyo procedimiento estaría dotado de una serie de mecanismos y requisitos que mejorarían notoriamente la situación actual⁵¹³.

⁵¹¹ SCA Santiago Rol N° 3572-2007, de 17.10.2007, consid. 4º.

⁵¹² Se trata de la moción contenida en el Boletín 6289-25, a la que se le refundieron las mociones contenidas en los boletines 3848-06 y 6363-06. Fueron patrocinadas por los/as siguientes diputados/as o ex diputados/as de distintas bancadas: P. Walker, E. Caraball, M. Turres, J. Burgos, S. Correa, G. Duarte, F. Encina, M. Forni L., P. Hales, C. Monckeberg, C. Montes, R. Sepúlveda, M. Isasi, C. Nogueira, R. García, J. Latorre y G. Uriarte. El proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados el 28.10.2009 y remitido al Senado el 03.11.2009.

⁵¹³ Se trata de una modificación de la LOCM conforme a la cual la autorización para cerrar o controlar el acceso a pasajes y vías locales sin salida sería otorgada por el Alcalde con acuerdo del Consejo, tendría carácter fundada, temporal y revocable y debería cumplir una serie de requisitos. Entre ellas, un informe previo de la Dirección de Obras y de las unidades municipales encargadas de la asesoría urbana y de la función de tránsito y transporte público, y la convocatoria a “audiencias públicas para escuchar la opinión de la unidad de Carabineros y del Cuerpo de Bomberos del sector, y de cualquier organización que solicite dar su opinión”. Se exige que los municipios dicten una ordenanza local cuyo contenido sería, al menos: “Procedimiento de las solicitudes, medidas para garantizar la circulación de los residentes, de las personas autorizadas por ellos mismos, de los vehículos de emergencia y de servicios públicos; el porcentaje de beneficiarios que deben concurrir a la solicitud, el que no podrá ser inferior al 90% de los vecinos residentes u ocupantes de los inmuebles, cuyas puertas de ingreso o salida queden ubicadas al interior de la calle o pasaje que se pretende cerrar o controlar su acceso, los mecanismos de financiamiento de la construcción y mantenimiento de las obras necesarias; las personas u organización vecinal responsable de la correcta utilización de la autorización; la prohibición de instalar carteles o señales que indiquen que se trata de una propiedad privada o particular y contemplar la renovación de la autorización si persisten las razones contenidas en el decreto fundado que motivó su concesión y así lo acuerda el concejo. De igual forma deberá establecer las condiciones para conceder la señalada autorización de manera compatible con el desarrollo de la actividad económica del sector y que esta última se encuentre vigente o de aquellas actividades exentas a que se refiere el artículo 27 del decreto ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales”. Por último, se prohíbe dar estas autorizaciones “en ciudades declaradas patrimonio de la humanidad o respecto de barrios, calles, pasajes o lugares que tengan el carácter de patrimonio arquitectónico o sirvan como acceso a ellos u otros calificados como monumentos nacionales”.

También existen casos en que el cierre se trata de disponer desde el inicio del proyecto, como si se tratase de un caso de propiedad horizontal. El dictamen 47.173/2005 validó la actuación de un municipio que para recibir un loteo exigió modificar el plano acompañado a la solicitud de licencia, dado que éste graficaba una línea en el acceso para representar una barrera de seguridad junto al lote de portería, en circunstancias que el acceso era una calle que con la recepción municipal de las obras por parte de la Municipalidad pasaba a ser bien nacional de uso público. Lo anterior, por cierto, no impedía que posteriormente los vecinos pudieran solicitar el cierre de ese acceso al Municipio, conforme los criterios ya apuntados. En otros casos los municipios han autorizado que algunas viviendas o condominios prolonguen su antejardín sobre bienes nacionales de uso público adyacentes lo que, evidentemente, implica excluir de su uso al resto de la comunidad que no podrá transitar por dicho espacio y puede permitir incluir esos espacios en un cierre. Contraloría ha condicionado la validez de tales permisos municipales a que la ocupación no estorbe o impida gravemente el uso común o general de esos espacios (DCGR N° 54.760/2006, aplica dictámenes N° 22.125/1999 y N° 23.036/2000).

Una de las últimas manifestaciones de estas “privatizaciones” de espacios públicos fue el intento de una de las 37 municipalidades de la ciudad de Santiago⁵¹⁴, la Municipalidad de Las Condes, por cerrar al tránsito vehicular un perímetro determinado para evitar el ejercicio de la prostitución en esa zona. La idea fue sometida por el Alcalde a una consulta pública —no vinculante— y aprobada⁵¹⁵. Ante ello, el Ministerio de Bienes Nacionales manifestó al Municipio su oposición —dado que a ese Ministerio le corresponde ejercer el control superior de los bienes nacionales de uso público—⁵¹⁶ y solicitó un pronunciamiento a la Contraloría

⁵¹⁴ El art. 4 j de la LOCM dispone que “Las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: (...) j) El apoyo y el fomento de medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana y colaborar en su implementación, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 101 de la Constitución Política;”.

⁵¹⁵ El acta de la sesión ordinaria N° 539 del Consejo Municipal de Las Condes, de 21.08.2006 (http://www.lascondes.cl/interiores/departamentos/actas/secciones_ordinaria/ORD_539.pdf), consigna que la consulta fue celebrada el 20.08.2006 y en ella participaron 1.867 personas. El 59,56% de las personas votó favorablemente y el 40,44%, en contra. Con todo, no parece claro el índice de participación. Mientras el Alcalde y un Concejal hablando de cerca del 50% de los habitantes del área, lo que implicará cerca de 3.600 habitantes, otro Concejal habla de 5.000 habitantes y califica el índice como un fracaso.

⁵¹⁶ El oficio es del 27.06.2006 y consta en el acta de la sesión ordinaria N° 544 del Consejo Municipal de Las Condes, de 02.10.2006 (http://www.lascondes.cl/interiores/departamentos/actas/secciones_ordinaria/ORD_544.pdf). Conforme al artículo 1, inc. 2°, del D.L. N° 1939/1977, que estableció las normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de los Bienes del Estado, el Ministerio

General, que el 30.08.2006 emitió su dictamen N° 40.874/2006 que rechazaba esta medida afirmando que “...las calles y pasajes peatonales... por su propia naturaleza, se encuentran destinados al tránsito de las personas y son, por ende, de uso común, y sólo por vía excepcional ha admitido la posibilidad que las municipalidades, en resguardo de la seguridad ciudadana, autoricen el cierre de los mismos bajo determinadas condiciones”. Tras reiterar los criterios excepcionales para esto último recordó que la autoridad municipal debía cautelar:

“...que esos bienes sigan manteniendo su carácter de nacionales de uso público, de modo que no se restrinja injustificadamente su uso y goce, no se discrimine arbitrariamente y no se afecten las garantías constitucionales en su esencia. Por consiguiente, no resulta jurídicamente admisible que un municipio disponga el cierre de determinadas calles o pasajes en condiciones distintas a las reseñadas, y que impliquen restringir gravemente la circulación peatonal y vehicular en el sector de que se trata, ni el derecho a desarrollar actividades económicas sin más restricciones que las que imponga la ley”.

Sin embargo, el mismo día que se firmaba este dictamen el Alcalde del municipio hacía lo propio con el decreto alcaldicio que materializaba esta medida, disponiendo que los accesos vehiculares que tenía el cuadrante en cuestión pasarían a estar controlados por guardias desde las 23:30 y hasta las 05:30 horas de la mañana siguiente, horario durante el cual sólo podrían ingresar vehículos acreditados como residentes⁵¹⁷.

El último capítulo de esta historia se escribió en los Tribunales, pues dos residentes de la zona recurrieron de protección en contra de esta medida, siendo ambos acogidos por la Corte de Apelaciones de Santiago. En el primero se dio por vulnerado el derecho de propiedad pues el cierre vehicular de calles “...amenaza el derecho del recurrente con limitaciones severas que van desde dificultades al libre acceso a su propiedad hasta impedir que familiares, amigos, conocidos, invitados, puedan llegar hasta el inmueble si no cuentan con una credencial especial o si su presencia no es previamente anunciada a la autoridad”. Además, se consideró que al ser una limitación de carácter administrativo no respetaba la reserva legal establecida en el art. 19 N° 24 CPR⁵¹⁸. Se rechazó, en cambio, la afectación de la igualdad ante la ley y la libertad de empresa, en razón de la generalidad de los

de Bienes Nacionales “...ejercerá las atribuciones que esta ley le confiere respecto de los bienes nacionales de uso público, sobre los cuales tendrá, además, un control superior, sin perjuicio de la competencia que en la materia le asignan leyes especiales a otras entidades”.

⁵¹⁷ Se trata del Decreto Alcaldicio sección 1ª, N° 3.378, de 30.08.2006, de la Municipalidad de Las Condes (D.O. 01.09.2006), que “regula a contar del 1 de septiembre de 2006 el ingreso de vehículos motorizados en sector que indica”.

⁵¹⁸ SCA Santiago Rol N° 4.515-2006, de 29.09.2006, considerandos 22º y 24º.

planteamientos hechos a este respecto. Con todo, la Corte Suprema revocó esta sentencia por razones formales⁵¹⁹. La segunda sentencia, en cambio, acoge la acción por estimar que la restricción afectaba la igualdad ante la ley:

“12º. Que en relación al tercer aspecto que debe ser considerado por estos sentenciadores... conviene tener presente que una medida es adecuada cuando es apropiada a las condiciones o circunstancias, racional cuando está conforme a la razón y proporcionada cuando es competente o apta para lo que es menester. Sin embargo, la adoptada por el recurrido no es una disposición apropiada, razonada y correspondiente a la meta fijada, porque las personas que solicitan favores sexuales remunerados y aquellas que están en condiciones de prestarlos pueden instalarse en otros sectores de la misma comuna e incluso podrían hacerlo en la vereda opuesta a aquella incorporada en el cuadrante fijado por la autoridad edilicia y, por lo tanto, la medida adoptada no erradicará el problema que aqueja a la comunidad comunal. En consecuencia, la diferencia impuesta al recurrente por el acto cuestionado es arbitraria e importa una grave conculcación a la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 número 2 de la Carta Fundamental,”⁵²⁰.

Esta sentencia fue ratificada por la Corte Suprema⁵²¹⁻⁵²².

Lo expuesto en esta sección pone de relieve que la segregación puede surgir en entornos de inseguridad como un medio alternativo para prevenir la ocurrencia de delitos. Es evidente que en estos casos no constituía un atributo querido originalmente y si se llega a él es por la percepción del fracaso —real o supuesto— de las políticas de seguridad normales. Vale recalcar que en el ordenamiento jurídico chileno sólo es factible adoptar estas medidas cuando una mayoría relevante las reclama y que, además, siempre cabe la posibilidad de impugnarlas judicialmente o ante la Contraloría General de la República. Con todo, la combinación de una ciudad con urbanizaciones privadas, de un lado, y urbanizaciones públicas con cierres en sus calles, de otro, recuerda más la imagen

⁵¹⁹ SCS Rol Nº 5.326-2006, de 24.01.2007. La razón fue que el Alcalde de la Municipalidad de Las Condes acreditó que el recurrente no era dueño del inmueble afectado por la medida. Al no desvirtuar esto el recurrente dejaba de ser un interesado legítimo lo que exigía, al no ser ésta una acción popular, rechazar el recurso por falta de legitimación activa.

⁵²⁰ SCA Santiago Rol Nº 4.589-2006, de 10.11.2006.

⁵²¹ SCS Rol Nº 6.215-2006, de 24.01.2007.

⁵²² Cabe hacer notar que existía jurisprudencia que ordenaba impedir el cierre de bienes nacionales de uso público, si bien por privados con tolerancia municipal. La SCS Rol Nº 19.146-1992, de 27.08.1992, ratificó la SCA de Santiago Rol Nº 656-92 P, de 23.06.1992, mediante la cual se ordenó retirar las rejas y protecciones que impedían emplear unos estacionamientos públicos a la salida de un colegio. El derecho fundamental amenazado fue la integridad física de los alumnos, pues debido a esta actuación tenían que emplear una entrada al colegio situada en una calle de alto tráfico que los colocaban en riesgo (RDJ T. 90.2.5:1-9).

de los feudos medievales que la de la ciudad tradicional, que pretende ser un espacio de convivencia e interacción.

1.3. Las políticas públicas segregadoras

A los fenómenos anteriores que favorecen la segregación socioespacial —el funcionamiento del mercado y las preferencias de las personas— hay que añadir un tercero: las políticas públicas con incidencia en el territorio, pues pueden profundizar en vez de mitigar este fenómeno. Por cierto, después veremos las políticas de signo inverso.

1.3.1. La política urbanística subordinada a la política de vivienda. El urbanismo como política horizontal y la vivienda como política sectorial

La tensión entre las políticas de desarrollo urbano y vivienda deriva de la diversa naturaleza de una y otra. Como ha planteado PAREJO A., el urbanismo y la ordenación del territorio “responden a una perspectiva integradora, no sectorial”, que se superpone transversalmente a la división del trabajo administrativo por áreas temáticas (sectores, normalmente identificados con una organización ministerial) “...con el objetivo de impedir las inevitables disfunciones que su lógica produce y convertir la dinámica del juego de los esfuerzos sectoriales en una totalidad dotada de sentido en función de los valores y objetivos materiales definidos por la Constitución” (PAREJO A., 1986:190-1). En palabras de la STC 61/1997, de 20 de marzo:

“El urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que en el plano jurídico se traduce en la «ordenación urbanística», como objeto normativo de las leyes urbanísticas” (FJ Nº 9).

Al modo de las políticas ambientales o financieras el urbanismo ordena otras actividades, en su caso definiendo el uso urbanístico del territorio y el desarrollo de los asentamientos humanos. Específicamente le corresponde determinar dónde y conforme a qué requisitos pueden emplazarse —entre otros— los recintos destinados a la implementación de otras políticas públicas, como la justicia, la educación o la salud. Es evidente que el urbanismo está “claramente relacionado con la materia «vivienda» (en tanto que el residencial es un uso y un uso básico del suelo para la satisfacción de una necesidad humana elemental), pero no se confunde con ella” (PAREJO A., 2001:59). Y es que, a fin de cuentas, la política de

vivienda es una política sectorial más, que debe pugnar con las restantes para obtener recursos públicos.

En el caso español esta confrontación ha sido clara. Hace ya tiempo PAREJO A. se refería a la “preeminencia de la política de vivienda sobre la ordenación del suelo” (1979:250-256). Valga recordar que mientras en 25 años la planificación urbanística no superó el nivel local —excepto en Guipúzcoa— ya en 1961 existe un “Plan Nacional de la Vivienda” (aprobado por Ley 84/1961, de 23 de diciembre⁵²³). Por ello, durante buena parte de la vigencia la LS 56 la falta de planeamiento será suplida y reemplazada por los planes de vivienda o las actuaciones singulares:

“...la política estatal de vivienda, concebida desde perspectivas sectoriales, ha sido por su intensidad la auténtica plataforma sobre la que se ha desarrollado la auténtica política urbanística de este periodo, al margen, paradójicamente, de la auténtica legislación urbanística por naturaleza —la Ley del Suelo de 1956—, favoreciendo inicialmente su inaplicación y posteriormente su modificación formal, en sentido evidentemente regresivo en relación a uno de sus instrumentos capitales: el planeamiento urbanístico” (BASSOLS C., 1973:546).

Esta falta de sintonía entre urbanismo y vivienda constituye un factor que potencia notablemente la segregación socioespacial, particularmente si se considera que las políticas de vivienda suelen medirse y compararse en número de unidades construidas. Veremos la proyección de este problema en dos facetas: la rebaja de las exigencias urbanísticas para la vivienda social o protegida y la subordinación del urbanismo a las consideraciones de política económica.

a) Un “urbanismo de segunda categoría” para promover viviendas baratas. El dilema cantidad/calidad.

La necesidad de atender con rapidez a las necesidades de vivienda exige destinar importantes recursos a esta tarea o, lo que es lo mismo, detraerlos de otras finalidades públicas. Con todo, lo usual es que los recursos siempre sean juzgados como insuficientes, especialmente si el déficit habitacional es importante. Ello puede llevar fácilmente a relajar exigencias urbanísticas en los proyectos de vivienda social o protegida en el entendido que la consiguiente rebaja en los costes de las viviendas permitirá producir más unidades y, en consecuencia, resolver la demanda habitacional con mayor velocidad.

La experiencia indica que este es un camino muy peligroso de recorrer. Una vivienda puede ampliarse o mejorar sus terminaciones en el futuro. En cambio, la mala localización, la ausencia de servicios o equipamientos —al menos a una

⁵²³ BOE núm. 310, de 28.12.1961.

distancia razonable—, el diseño inadecuado de los espacios libres de una urbanización o la previsión subdimensionada de aquéllos puede transformarse en un problema irresoluble o de costosa y demorosa corrección, con lo que la rapidez y el ahorro obtenido se traducirá en una inferior calidad de vida para quienes allí habiten e, incluso, en un empeoramiento relativo de su situación anterior (particularmente si la nueva vivienda implica una relocalización que rompe las redes sociales y de protección social con que antes se contaba).

En el caso español pueden citarse diversos mecanismos que permitieron no respetar el planeamiento urbanístico cuando estaba en juego el cumplimiento de los objetivos de la política de vivienda en la época franquista, aunque actualmente parecieran una faceta superada, en consonancia con los niveles de desarrollo alcanzados por el país, particularmente desde su integración a la Comunidad Europea. No ocurre lo mismo en Chile, con un déficit habitacional más significativo y menores recursos. Mucho menos en otros países con menores niveles de desarrollo. De allí el interés de no olvidar estas lecciones.

Tratándose de España restringiremos nuestro análisis al periodo posterior a la LS 56, pues como ha señalado la doctrina, antes no podemos hablar de un urbanismo en régimen⁵²⁴. La exposición de motivos de la LS 56 señala que “...el planeamiento es la base necesaria y fundamental de toda ordenación urbana...”, afirmando que la falta de previsión era la tónica del urbanismo de entonces, entregado a “la sugestión ejercida por los proyectos a corto plazo, tentadores siempre para quienes aspiran a decorarse con efímeros triunfos aparentes, y a la carencia de una opinión celosa del desarrollo de las ciudades”. Había pues, crecimiento, pero desordenado. El modelo previo a 1956 se caracterizaba por:

“... la falta de previsión en lo que respecta a la formación de reservas de suelo, para la escalonada expansión de los núcleos urbanos; la irradiación desmesurada del perímetro de extensión de las ciudades, en las que al construirse arbitrariamente se crean superficies de urbanización desproporcionadas e inasequibles para los limitados recursos económicos disponibles para su financiación; la especulación del suelo, que malogra toda ordenación urbana, sustrae prematuramente terrenos a la agricultura y, al exigir por los todavía no urbanizados precios de solar, coloca a los adquirentes en difíciles condiciones de contribuir a la obra urbanizadora y, en suma, un movimiento migratorio que, al no ser encauzado, concentra en algunas ciudades, a costa del medio rural, notables masas de población, con repercusiones de alcance nacional” (*Exposición de Motivos LS 56*, I).

Precisamente la LS 56 se yergue como el instrumento para superar dichos defectos y articular “la política del suelo y la ordenación urbana”:

⁵²⁴ Sobre el valor fundacional y paradigmático de la LS 56 *supra* Capítulo 1, apartado 2.3.2.

“La acción urbanística ha de preceder al fenómeno demográfico, y, en vez de ser su consecuencia, debe encauzarlo hacia lugares adecuados, limitar el crecimiento de las grandes ciudades y vitalizar, en cambio, los núcleos de equilibrado desarrollo, en los que se armonizan las economías agrícolas, industrial y urbana, formando unidades de gran estabilidad económico-social. Por tanto, ha de eliminarse el señuelo de los proyectos a plazo inmediato, que remedian, cuanto más, necesidades de un sector mínimo de la población, y afrontar los que, por responder precisamente a una visión amplia en el tiempo y en el espacio, contribuyen más definitiva y extensamente a la consecución del bienestar. Se impone establecer el régimen adecuado frente a la especulación del suelo y la irregularidad en el proceso de urbanización que atribuya la carga de subvenir a ésta a quien recibe directamente sus beneficios. Y abandonando el marco localista, partir, por el contrario, de una perspectiva de mayor alcance que permita ordenar urbanísticamente, bajo la dirección de órganos específicos, el territorio de provincias, comarcas y municipios, en esta gradación sucesiva que integra la unidad orgánica que es el Estado Nacional” (*Exposición de Motivos LS 56, I*).

El plan no podía ser más ambicioso. Inicialmente el proyecto dirigido por BIDAGOR lo era menos. BASSOLS C. nos recuerda que el “Borrador del anteproyecto de la ley de régimen de suelo y ordenación urbana”, de febrero de 1951 (recientemente publicado⁵²⁵), contemplaba un sistema de “Polígonos de Interés Urbanístico” que permitía “al Estado y Corporaciones locales... expropiar toda clase de terrenos, afectados o no por el planeamiento para «orientar el crecimiento del núcleo urbano»” (BASSOLS C., 2006:53). La propuesta de exposición de motivos de 1951 es más frontal que la de 1956, afirmando que el crecimiento poblacional había generado especulación con el suelo, que a su vez producía “...males sociales tan importantes como son: la creación de suburbios desorganizados y carentes de servicios; la anarquía de las construcciones diseminadas en muy amplios sectores, desproporcionadas con las necesidades previsibles en un margen de tiempo prudencial, imposibles, por lo tanto, de urbanizar, y a la desnaturalización del paisaje y del campo” (BASSOLS C., 2006:52).

En este contexto no es de extrañar que la LS 56 permitiera que la gestión pública ejecutase obras de urbanización “conforme al sistema de polígonos de expropiación” (arts. 131 y 133.2), esto es, urbanizar al margen del planeamiento (art. 52). Según BASSOLS C., estas desregularizaciones “...en momentos de crecimiento moderado hubiesen podido asimilarse y reconducirse” (2006:66). Sin embargo, seis años después se dictó la Ley 52/1962, de 21 de junio, sobre valoración de terrenos sujetos a expropiación en ejecución de los planes de vivienda y urbanismo⁵²⁶, la que derechamente vino a situar “...a un mismo nivel ambos planes

⁵²⁵ RDUyMA N° 225(2006), p. 15-46.

⁵²⁶ BOE núm. 175, de 23.07.1962.

a efectos de la actuación urbanizadora” al admitir que por decreto se delimitaran polígonos en ausencia e, incluso, en contra del planeamiento urbanístico general, fijándose allí el volumen de edificación y uso a que se sujetaría posteriormente el Plan Parcial. Por lo mismo se ha dicho que “...representa la primera y más clamorosa desautorización oficial del sistema urbanístico ordinario” (PERALES M., 1996:114). En efecto, esta Ley disponía que:

“Art. 3.1 En las zonas o demarcaciones en las que haya de actuarse para la ejecución del Plan Nacional de la Vivienda 1961-1976 y de los de Urbanismo, y cuando lo exijan los proyectos de servicios urbanos de inmediata ejecución, cuando no se hubieren aprobado los índices municipales de valoración, el Gobierno, a propuesta del Ministro de la Vivienda y previo informe de la Comisión que se establece en el artículo anterior, podrá, mediante Decreto, acordar:

- a) La delimitación de polígonos de actuación, existan o no confeccionados y aprobados los respectivos Planes de Ordenación Urbana, generales o parciales, ajustándose al procedimiento establecido en el artículo anterior.
- b) La modificación, conforme al mismo procedimiento, de las previsiones contenidas, en su caso, en el Plan general que haya de actuarse mediante la delimitación prevista en el artículo 121 de la Ley del Suelo, respetando en todo caso las expectativas contenidas en el Plan, si existiere.
- c) La fijación de precios máximos y mínimos de valoración, que se determinarán teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo primero de la Ley” (negritas nuestras).

El discurso con que el entonces —y por casi una década— Ministro de la Vivienda, José M^a Martínez S., defiende el proyecto que sería la Ley 52/1962 ante las Cortes Franquistas, difícilmente podría hacer sospechar un mal uso de ella. En efecto, se refiere a la necesidad de someter los intereses particulares al interés general, huyendo de un régimen de propiedad individualista pues éste promueve la extensión tentacular de la ciudad dejando “...en las zonas interiores solares sin edificar o bloques de pisos sin habitar por inasequibles a la economía de los más necesitados”, fomentando:

“...la lacra social de los tugurios suburbanos; los barrios carcomidos por envejecimiento e inhabitables por carencia de los servicios más necesarios; la sistemática segregación social operada por la ruinosa anarquía de las urbanizaciones privadas, sin conexión con las necesidades generales de la ciudad y desconcentradas de la misma, pero a la que gravan con el aumento del tráfico y de los medios públicos de transporte...” (MINISTERIO DE VIVIENDA, 1962:14).

Sostiene luego que, dada la enorme necesidad de viviendas, de aceptarse una visión individualista de la propiedad el Estado se desangraría financieramente pagando precios inverosímiles o debería “...transportar las viviendas y sus

habitantes a lugares remotos, mal comunicados, mal dotados de servicios, en fraude y engaño notorio a la comunidad, a ese Plan Nacional que ha merecido vuestra sanción aprobatoria, y a nuestros desvelos e ilusiones más queridas” (MINISTERIO DE VIVIENDA, 1962:27).

El procurador en Cortes Carlos Trías B. añadió, al defender ante las Cortes el proyecto a nombre de la Comisión de Vivienda, que aun cuando algunos procuradores impugnaron el texto “...por temor a que la actividad urbanística se desligase de la idea del plan previo...” —incluso uno propuso eliminar el art. 3º— la voluntad del Gobierno era la opuesta, esto es, fortalecer los planes, pues sería “...evidente que ello no responde ni a la política del Gobierno ni a la práctica del Ministerio”, como lo acreditaban los 74 planes generales aprobados (58) o en aprobación (16) para las 76 ciudades con más de 50.000 habitantes (MINISTERIO DE VIVIENDA, 1962:54-5, cursivas nuestras). La norma sería excepcional.

La práctica, sin embargo, desmentiría este aserto, como lo demuestran incontables casos en que se acudió a esta Ley (véanse los citados en PAREJO A., 1979:252-254, nota 196). Por ello se ha dicho que pasó a convertirse, prácticamente, en “el procedimiento ordinario de desarrollo de los planes de vivienda y urbanismo”, con lo que “el modelo de planeamiento se desmoronó” (BASSOLS C., 2006: 66). PERALES M. relata que, en 1969, este sistema ampararía significativas dimensiones actuaciones como las del Valle de Asúa, en Bilbao, con 575 ha, Porriño, con 882 ha, Sevilla (Aeropuerto) con 1.000 ha, Nuevo Puerto de Huelva, con 1.440 ha o Bahía de Cádiz, con 1.500 ha. (1996:114).

Puede resultar paradójal esta claridad en el diagnóstico si se compara con los resultados. Pero ocurre que la realidad es más fuerte. No bastan los buenos propósitos para evadirla. La filosofía que late detrás de estas palabras es que el urbanismo puede tardar, pero las viviendas no. Si el primero es un obstáculo para las primeras, debe ser sorteado con el mínimo de dificultad.

También PAREJO A. sostiene que en esa época se fijaron cupos provinciales de viviendas “...al margen de criterios de racionalidad urbanística” (1979:254). Otra manifestación de la importancia de la producción cuantitativa de viviendas por sobre su congruencia con una planificación previa que las ordenara convenientemente. Para BASSOLS C., a partir de la creación de la Gerencia de Urbanización (por Ley 43/1959, de 30 de julio):

“...la gestión urbanística se estataliza definitivamente o, mejor dicho, se desmunicipaliza... En definitiva, la mera urbanización o gestión urbanística de terrenos para implantación de polígonos de viviendas sin conexión con la ciudad y con mínimos servicios de urbanización se anteponía al Urbanismo propiamente dicho, que bien es cierto que la Ley sólo trazaba principios o fragmentos, pero que

con este cambio se renunciaba definitivamente a explorar y desarrollar sus potencialidades” (2006:69)

Tan sólo ocho años después de la Ley 52/1962 la historia volvería a repetirse. El DL 7/1970, de 27 de junio, de actuaciones urbanísticas urgentes (ACTUR)⁵²⁷, de nuevo prescindió del planeamiento para viabilizar la construcción de viviendas sociales o el establecimiento de actividades productivas llegando a una ruptura total:

“...con los principios básicos del desarrollo del planeamiento establecidos en la Ley del Suelo...: el plan no es previo a la actuación; no existe la dialéctica Plan General/Plan Parcial; y el Plan urbanístico es sólo un instrumento o medio para viabilizar jurídicamente una actuación urbanística previamente decidida y configurada en sus líneas básicas” (PAREJO A., 1979:255)⁵²⁸.

Con todo, conviene considerar que la exposición de motivos persigue precisamente lo que, en teoría, pretendía la LS 56:

“...hacer posible la formación de unidades urbanísticas integradas, en las que puedan construirse viviendas destinadas a familias con diferentes niveles de ingreso y, muy en especial, a los trabajadores, dotando a las barriadas que se constituyan de todo el equipo colectivo y los servicios complementarios que requiere la vida moderna y de la reserva de los espacios adecuados para la instalación de actividades productivas que ofrezcan puesto de trabajo a su población activa”.

Ya en la época de su publicación la doctrina se planteaba qué sentido tendría para los Ayuntamientos, en el futuro, elaborar y aprobar planes de ordenación “...a sabiendas de que, ulteriormente y por una disposición superior, esos planes pueden quedar total y absolutamente sin efecto” (CARCELLER F., 1970:357). La pura calificación de “urgentes” —pese a la celeridad fue bien relativa (GONZÁLEZ-BERENGUER U., 1978:346-347)— que se dio a estas actuaciones era bien expresiva del riesgo de incurrir en los mismos vicios que motivaron la dictación de la LS 56.

Si examinamos el caso chileno también aparecen estas fricciones y tendiendo, coincidentemente, a resolverse a favor de la política habitacional. Algunos autores plantean un verdadero divorcio entre vivienda y urbanismo:

«Puede decirse que ambas políticas se han desarrollado descoordinadamente, a ritmos diferentes y con objetivos no sólo distintos, sino que, a veces, contradictorios. La producción de viviendas para los sectores de menores recursos, por parte del Estado, fue y es una tarea “de urgencia”... representa una respuesta del Estado a las presiones de los grupos sin casa, las que pueden llegar a ser políticamente explosivas. Hasta el Gobierno militar, que en sus inicios reprime las

⁵²⁷ BOE núm. 155, de 30.06.1970.

⁵²⁸ Una enumeración de su frecuente uso en PAREJO A., 1979:256, nota 199.

tomas, acaba utilizando la entrega de vivienda social con fines electorales» (FADDA y DUCCI, 1993:102).

A fines de la década de los 50 se planteaba en Chile que la superación del problema habitacional sólo podía llegar de la mano de una vivienda de estándar mínimo. En consecuencia, rebajar las exigencias de la legislación urbanística —en una especie de “urbanismo de segunda categoría”— facilitaría el acceso popular a la vivienda. De aquélla época es la segunda Ley General de Construcciones y Urbanización chilena, el D.F.L. N°224/1953⁵²⁹, que entre sus motivaciones expresó derechamente la necesidad de “reducir las exigencias para la construcción de habitaciones económicas, como un complemento del plan general del Estado de solución integral del problema de la vivienda”. En ese sentido su art. 59, inc. 2º, dispuso que la Ordenanza de la Ley “consultará viviendas de construcción progresiva y viviendas de emergencia, e indicará las condiciones y plazos de terminación y duración respectivamente en que podrán autorizarse, como asimismo, los sectores en que podrá hacerse este tipo de edificación”. Este espíritu se profundizó con el Reglamento Especial de Viviendas Económicas, en adelante REVE⁵³⁰, que vino a establecer una serie de excepciones para fomentar la construcción de estas viviendas y que fue sustituido por el Título VI de la OGUC, denominado por ello “Reglamento especial de viviendas económicas” (arts. 6.1.1. a 6.5.4.). Algunos ejemplos de este régimen singular son:

- a) La no aplicación de las cesiones “gratuitas” para vialidades, áreas verdes y equipamiento en las urbanizaciones destinadas a viviendas económicas, a partir del art. 30, inc. 3º, del D.S. N°1.050/1960⁵³¹ que fijó el texto “definitivo” del D.F.L. N°224/1953, recogido después en el art. 113, inc. 4º del D.S. N°880/1963, M.O.P.⁵³², que fijaría —de nuevo— el texto de esta Ley. El REVE se limitaba, en su art. 24, a exigirles que “proyecten como espacios comunes libres superficies no inferiores a un m² por cada habitante de la vivienda con patio propio y de 7 m² por cada habitante de edificio o vivienda con patio común”. En 1992 la OGUC contempló un cuadro de cesiones generales (art. 2.2.2.) y otro diferente para las viviendas económicas (art. 7.2.2.), con exigencias menores, que recién vendrían a ser unificados por el D.S. N°171, V. y U.⁵³³ que fijó un estatuto uniforme de cesiones.

⁵²⁹ D.O. 05.08.1953.

⁵³⁰ D.S. N° 1.608/1959, M.O.P., D.O. 05.09.1959.

⁵³¹ D.O. 09.07.1960.

⁵³² D.O. 16.05.1963.

⁵³³ D.O. 17.01.1997.

- b) Un régimen diferenciado para las obras de urbanización de este tipo de viviendas (art. 33, inc. 3º, D.S. N°880/1963 M.O.P.), regulado por el REVE y actualmente por la OGUC en sus arts. 6.2.1. y ss. Piénsese que inicialmente sus calles carecían de pavimentación, bastando como primera etapa “la colocación de soleras y la realización de sólo las aceras” (art. 20 REVE). Actualmente la pavimentación es obligatoria aunque, excepcionalmente, puede eximir de su ejecución a una urbanización de viviendas económicas, conforme el art. 3.2.9. OGUC⁵³⁴;
- c) La implementación de los programas de autoconstrucción ya mencionados, puesto que ellos implicaban dar un uso habitacional a lotes de terrenos no urbanizados o semiurbanizados y admitir como viviendas económicas etapas iniciales de superficie muy reducida (el art. 9º del REVE permitía una primera etapa de 18 m², semejante a la primera etapa de la vivienda progresiva de los 90⁵³⁵), aplicando los arts. 58 y 59 del D.S. N°880/1963 M.O.P.;
- d) La no aplicabilidad a las viviendas económicas de las limitaciones que los planes urbanísticos podían imponerle a los predios en materia de superficie, altura, volumen, alineamiento y agrupación (art. 29, inc. 2º, D.F.L. N°224/1953), presente en términos más acotados en el art. 6.1.8. OGUC que establece cuáles son las únicas normas de los respectivos Instrumentos de Planificación Territorial son aplicables a los conjuntos de viviendas económicas de hasta 4 pisos de altura.
- e) La atribución al MINVU de una potestad especial para modificar instrumentos de planificación urbanística tratándose de la construcción de proyectos públicos de vivienda que llevarsen a cabo los SERVIU (art. 50 LGUC), bastando para ello un informe no vinculante del Municipio que, incluso, de no ser emitido en 30 días ni siquiera era necesario. Esto permite construir viviendas sociales al margen de la imagen de ciudad que cada Municipio haya diseñado; y

⁵³⁴ Dice este artículo que “Excepcionalmente y en forma fundamentada, el Servicio Regional de Vivienda y Urbanización (SERVIU) podrá establecer exigencias distintas a las indicadas en este Capítulo, cuando así lo autorice expresamente en cada caso la Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo respectiva, atendiendo a características propias de la región, centro poblado o barrio en que debe desarrollarse el proyecto de pavimentación correspondiente”. La falta de pavimentación en estas urbanizaciones explican que uno de los programas urbanos más exitosos del MINVU durante los noventa fuera el de “pavimentación participativa” (regulado en el D.S. N° 114, V. y U., D.O. 11.08.1994), cuyo objeto era pavimentar esas calles con el apoyo de los propietarios colindantes.

⁵³⁵ Nos referimos al programa de viviendas progresivas, establecido y regulado por el D.S. N° 140/1990, V. y U. (D.O. 22.10.1990).

- f) La construcción de viviendas sociales en la periferia subequipada pero más barata, privilegiándose el menor coste del suelo a la hora de construir viviendas sociales:

“Se trata de producir viviendas en gran cantidad y al menor costo posible para aumentar el número de beneficiarios. El primer obstáculo a este fin es el precio del suelo. Para sobrepasar esta traba se compran los terrenos más baratos que serán, también, los menos atractivos y adecuados para el desarrollo urbano. Esto, tradicionalmente, se ha producido sin tomar en cuenta los lineamientos indicados por la política de desarrollo urbano... Así, la política de desarrollo urbano termina siendo sobrepasada por las decisiones «de facto» de localización de conjuntos de vivienda en áreas no previstas y sin cumplir con las normas y directrices de los planos reguladores” (FADDA y DUCCI, 1993:102).

Los ejemplos señalados se traducen en un menor precio por vivienda que permite construir más unidades y reducir, en menor tiempo, el déficit habitacional heredado. Sin embargo, el ahorro usualmente se relaciona con problemas de equipamiento e infraestructura que, a la larga, exigirán posteriores inversiones públicas para atender las demandas de quienes allí habiten haciendo que, al final, el ahorro de recursos termine siendo bastante relativo. De estimarse todos estos costes en valor presente, incluyendo la mitigación de la congestión a provocar en los servicios y equipamientos públicos (previando los costos de su posterior expansión o reforzamiento) y el costo de la menor calidad de vida de sus habitantes, es previsible que algunas decisiones de localización hubiesen sido distintas:

«Si a los costos asumidos por el Estado se agregan los verdaderos costos que ha debido experimentar la población “beneficiaria” de los proyectos de viviendas sociales, por haberse visto obligada a vivir por un cierto período de tiempo en un barrio sin pavimento, sin colegios cercanos, con gran congestión en los servicios de salud; o por verse obligada a vivir permanentemente en un lugar muy distante de su lugar de trabajo, se podría llegar a la conclusión que se han adoptado decisiones francamente irracionales. Además, los supuestos beneficios sociales del proyecto de viviendas pueden verse neutralizados por los costos de las molestias y privaciones de servicios indispensables, gasto de tiempo y dinero en transporte y frustración de expectativas» (NIETO DE LOS R., 1999:9-10).

Otras facetas negativas de este “urbanismo de segunda categoría” han sido el fomento del crecimiento urbano en extensión, que “favorece la pérdida de suelo agrícola y desaprovecha las zonas centrales de mejor infraestructura y servicios” (ARRIAGADA, 2003:46; también FADDA y DUCCI, 1993:106-8), y la segregación socioespacial que se evidencia en una clara desigualdad “en la cantidad y calidad de servicios existentes en las diversas zonas de la ciudad” (FADDA y DUCCI,

1993:106), como si se tratase de compartimentos estancos o pedazos de países diferentes.

Asimismo, al no desarrollar Chile mecanismos de intervención en el mercado del suelo que permitan abaratar su costo finalmente ha debido elevarse el monto de los subsidios; esto es, en vez de:

“...enfrentar el tema del suelo desde la realidad de segregación, plusvalía y gestión innovadora, el MINVU se pliega a la opción comercial de subir los precios... Desde su inicio, el subsidio habitacional jamás ha tenido en cuenta la localización de la vivienda en la trama urbana, contribuyendo de esta forma a profundizar la ya grave situación de segregación socioespacial de las ciudades en Chile” (SUGRANYES, 2005:53).

En suma, la política pública de vivienda y el derecho urbanístico aparecen como un cómplice de la política habitacional pero no por la vía de favorecer el acceso al suelo urbano sino, más bien, por la de “abaratar” las exigencias de las viviendas:

“...la discusión se plantea erróneamente cuando se dice que, al decidir las opciones de política habitacional, hubo un dilema entre el número y la calidad, y que se optó por la cantidad. Al observar el diseño de la mayoría de los conjuntos habitacionales, se puede concluir que nunca hubo tal dilema. La calidad nunca estuvo en juego. Los criterios que han guiado las decisiones sobre vivienda social no han sido de urbanismo, de arquitectura o de calidad de vida de los residentes. Ha predominado el financiamiento, el criterio mercantil, cuya expresión ha sido el mayor número de soluciones posible. Para ser justos, habría que señalar que al comienzo de los noventa aparecía la urgencia de dar el mayor número posible de soluciones habitacionales. Sin embargo, con el transcurso de los años, la meta cuantitativa se convirtió en criterio de excelencia del Ministro de Vivienda de turno, y ahí el criterio mercantil y el criterio político coincidieron: mejor Ministro quien hace más casas; la calidad, la localización, el entorno, no otorgan puntaje en el escenario político” (RODRÍGUEZ y SUGRANYES, 2005: 14-5)

Todo lo anterior ha hecho necesario establecer en Chile programas especiales para superar los déficits de los conjuntos de viviendas sociales, como el Programa Participativo de Asistencia Financiera en Condominios de Viviendas Sociales⁵³⁶, el Programa de Protección del Patrimonio Familiar⁵³⁷ y, en especial, el Programa de

⁵³⁶ Establecido por el D.S. N° 127/1998, V. y U. (D.O. 08.10.1998).

⁵³⁷ Reglamentado por el D.S. N° 255/2006, V. y U. (D.O. 25.01.2007). Financia mejoramientos y ampliaciones de las viviendas sociales pero también mejoramientos del entorno, vale decir, obras de construcción, mantención o reparación del terreno en el cual se emplaza un Condominio de Vivienda Social, o los bienes nacionales de uso público colindantes a dichos condominios o colindantes a viviendas que integren un proyecto de mejoramiento del entorno (art. 1°). El programa considera proyectos relativos a seguridad, equipamiento y áreas verdes (art. 8°).

Recuperación de Barrios (también denominado “Programa Quiero mi Barrio”), que según su reglamento persigue “...contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de barrios que presentan problemas de deterioro urbano, segregación y vulnerabilidad social, a través de un proceso participativo de recuperación de los espacios públicos y de los entornos urbanos de las familias”⁵³⁸. Este último programa se creó en 2006 para recuperar, inicialmente, 200 barrios de Chile que presentaban deterioro urbano y vulnerabilidad social, muchos de los cuales eran precisamente fruto de la política urbano habitacional que estamos comentando⁵³⁹. Como señaló un sugestivo libro de 2005 se experimentaba una verdadera paradoja:

«La paradoja de este éxito... es que la producción masiva de viviendas sociales ha terminado creando nuevos problemas habitacionales. El stock construido de viviendas sociales es ahora un gran problema habitacional: el problema de los “con techo”. Es decir, la solución dada al problema de los “sin techo” —la producción masiva de vivienda social— ha llevado a una situación de insatisfacción de sus beneficiarios respecto a la materialidad y diseño de las viviendas y su entorno; y particularmente respecto de las condiciones de convivencia familiar y social que en ellas se dan, y de su marginación de la ciudad. El stock construido hoy día es un problema habitacional, pero también social... ello requiere no sólo preguntarse cómo mejorarlo materialmente, sino cómo construir en sus habitantes, identidad, confianza y participación social» (RODRÍGUEZ y SUGRANYES, 2005:19).

Las experiencias que hemos revisado demuestran el enorme riesgo que presenta la rebaja de las exigencias urbanísticas para aumentar la producción habitacional. La idea de una Administración que empleará sabiamente las herramientas que se le entregan se estrella con las tensiones que exigen resultados de corto plazo a esa misma Administración.

b) Un urbanismo subordinado a la vivienda como política económica.

Un segundo problema que agudiza la tensión entre urbanismo y vivienda es la conexión entre la construcción de viviendas y la actividad económica de un país. Se sostiene que la inversión en la primera tiene un “efecto multiplicador” en el resto

⁵³⁸ Art. 1º del D.S. Nº 14/2007, V. y U. (D.O. 12.04.2007). Más información sobre este programa en su sitio web, <http://www.quieromibarrío.cl/>.

⁵³⁹ En su Discurso del estado de la Nación del 21.05.2006 la entonces Presidenta Michelle Bachelet afirmó: “Recuperaremos los barrios consolidados que con el paso del tiempo se han ido deteriorando... Se trata de ir abordando, con creatividad y participación activa de los vecinos, las acciones necesarias para mejorar las condiciones de 200 barrios en todo Chile”(disponible en http://www.bcn.cl/susparlamentarios/mensajes_presidenciales/21Mayo2006.pdf, consultado el 11.03.2010, a las 18:00 hrs.).

de la economía. En efecto, construir viviendas supone invertir en la producción de numerosos bienes y servicios, como cemento, ladrillos, sanitarios, griferías, puertas, ventanas, persianas, cables, pinturas, muebles, electrodomésticos, etc. Este impacto en la actividad productiva repercute también en el empleo, muy especialmente en el de la mano de obra menos cualificada. Todo ello lleva a que la prosperidad de una economía se asocie al incremento o mantención de los índices que dan cuenta de la actividad en el sector de la construcción y, en especial, en el sector vivienda: licencias otorgadas, viviendas iniciadas, viviendas terminadas, etc. Por ello se ha dicho que:

“...no se puede olvidar que la vivienda, la edificación residencial, es una infraestructura... cuya construcción produce un efecto locomotora en la economía general y, al mismo tiempo, un incremento en la contratación de mano de obra. / Estas circunstancias han determinado la utilización de la legislación de protección a la vivienda (y por tanto los planes) en momentos de recesión económica, o como herramienta para la lucha contra el desempleo” (MUÑOZ C., 2003:25).

Esta orientación luce explícitamente en la fundamentación de los Planes de Vivienda españoles. En efecto, el RD 1/2002, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005⁵⁴⁰, señala en su fundamentación que “... los planes estatales de vivienda **han solido proponerse objetivos de carácter económico**, por una parte, tales como contribuir a lograr o mantener niveles adecuados de actividad y empleo en el subsector, o corregir determinadas ineficiencias o fallos de los mercados de la vivienda, y de carácter social, por otra, brindando su apoyo selectivo a aquellos grupos sociales con mayores dificultades para acceder a viviendas dignas” (negritas nuestras). La misma idea está presente en el Plan Estatal 2005-2008 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, pues el RD 801/2005, de 1 de julio⁵⁴¹, que lo aprueba, destaca:

“...la estrecha relación existente entre la actividad promocional y rehabilitadora del sector de la vivienda, con la política económica general, en razón del efecto multiplicador que el impulso de la actividad del sector de la construcción tiene para el desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo. Esto determina su consideración dentro de la actuación del Estado a la hora de planificar las líneas generales de la actividad económica y, en particular, en el sector de la construcción” (negritas nuestras).

⁵⁴⁰ BOE núm. 11, de 11.01.2002.

⁵⁴¹ BOE núm. 11, de 12.01.2008.

Con todo, este último plan y el vigente destacan los otros objetivos a que deben contribuir los planes de vivienda⁵⁴².

También el intenso vínculo entre vivienda y economía ha servido al TC para dirimir conflictos competenciales en que se ha debatido si el sector de la vivienda y, en especial, la actividad promocional, puede enmarcarse dentro de las facultades de dirección general de la economía que competen al Estado por el art. 149.1.13 CE (“Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”) o son competencia autonómica en virtud del art. 148.1.3 CE (“Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”). La STC 152/1988, de 20 de julio, señaló que la conexión de la vivienda con la política económica general puede quedar suficientemente justificada “...en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene **como factor del desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo...**” (FJ 2, negritas nuestras), justificándose la regulación estatal de los correspondientes instrumentos de financiación cuando con ellos se asegurase “...el mantenimiento de unas inversiones fundamentales desde el punto de vista de la política económica general que, en otro caso, se revelaría difícilmente viable” (FJ 4).

⁵⁴² En efecto, el Plan 2005-2008 el Plan de Vivienda declara que también pretende contribuir “...al triple objetivo de un desarrollo urbano sostenible: por un lado, la consecución de la calidad y conservación medioambiental, evitando el despilfarro de los recursos naturales; por otro, de la equidad y prevención de la exclusión social; y, finalmente, de la eficiencia y productividad integral de la economía. Estos objetivos en su conjunto contribuyen a mejorar, de manera integral, la calidad de vida de todos los ciudadanos. Todos ellos responden a mandatos constitucionales y, además, a compromisos internacionales del Gobierno Español, como el Protocolo de Kyoto; o a políticas de ámbito europeo, como la Estrategia Territorial Europea, la Estrategia de Lisboa y la Agenda de Goteborg. Además, el Plan de Vivienda plasma la coordinación y cooperación con todos los agentes del sector y con el resto de las Administraciones Públicas, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, dentro del marco constitucional de competencias en esta materia”. El Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, es aún más enfático. Aprobado por el RD 2066/2008, de 12 de diciembre (BOE núm. 309, de 24.12.2008), afirma que “...debe optimizarse el uso de la producción ya existente de viviendas a la hora de atender las necesidades sociales de la población, pero, simultáneamente, no quiere olvidar que el primer cometido de toda política de vivienda es asegurar una producción suficiente de viviendas para las necesidades de alojamiento de la población, y que por ello deben establecerse actuaciones tendentes a evitar estrangulamientos de oferta a medio y largo plazo en el sector”. Añade que en relación con la rehabilitación urbana “...se asumen las recomendaciones establecidas en la Carta de Leipzig sobre Ciudades Europeas Sostenibles..., y en la Resolución del Parlamento Europeo *El seguimiento de la Agenda Territorial de la UE y de la Carta de Leipzig: Hacia un programa de acción europea para el desarrollo espacial y la cohesión territorial*, aprobada el 21 de febrero de 2008, en las que se recomienda hacer un mayor uso de los enfoques relacionados con una política integrada de desarrollo urbano y prestar especial atención a los barrios vulnerables o desfavorecidos dentro del contexto global de la ciudad”.

En sentido semejante la STC 59/1995, de 17 de marzo, al resolver un conflicto positivo de competencia derivado de la suscripción de un convenio de cofinanciación para rehabilitar viviendas de promoción pública declara que el objetivo básico de aquél “...era coadyuvar a la creación de empleo y al relanzamiento de la inversión... dada «la intensa capacidad de generación de empleo propia de la construcción de viviendas»”. El “apreciable volumen de recursos movilizados” reflejaba “bien a las claras que el Convenio ahora debatido —que presenta la particularidad de ser el único suscrito con una Corporación local— se incardinó en la ordenación general de la actividad económica” (FJ 4), sin perjuicio que la sentencia termine declarando que la competencia de gestión de las ayudas —que el convenio mantenía centralizadas— correspondía a la Comunidad Autónoma que promovió dicho conflicto y no al Estado⁵⁴³. En síntesis, la intensa conexión entre vivienda y economía ha justificado que el Estado retenga algunas competencias en materia de vivienda bajo el título del art. 149.1.13 CE.

En Chile esta conexión se planteó con especial fuerza en la discusión para modificar la tasa del I.V.A. aplicable al sector de la construcción. Recién en 1987 la Ley N° 18.630⁵⁴⁴ había incorporado la actividad de la construcción al I.V.A., recargando con este impuesto los pagos efectuados en cumplimiento de un contrato de venta o promesa de venta de bienes corporales inmuebles, o de un contrato general de construcción, que cumpliesen ciertas condiciones. Sin embargo, al mismo tiempo estableció un crédito a favor de las empresas constructoras contra este impuesto, equivalente al 65% del monto del I.V.A. que debían soportar⁵⁴⁵. Con él, en buenas cuentas, la tasa general de este impuesto, de 19%, terminaba siendo de sólo un 6,65%. Con el tiempo, empezó a criticarse que esta franquicia beneficiase a todas las viviendas, incluso las más caras, y se propuso focalizarla en las viviendas sociales. En 2005 un grupo de parlamentarios presentó una moción legislativa para restringir el crédito sólo a las viviendas cuyo valor de tasación fuese inferior a 520 U.F. (equivalente a cerca de € 15.500), iniciativa que fue

⁵⁴³ El conflicto fue promovido por la Comunidad Autónoma de Cataluña y el convenio cuestionado había sido concertado entre el Director General de la Vivienda del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo y el Concejal-Presidente del Patronato Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de Barcelona. El TC, conforme al art. 66 de su Ley Orgánica, se limita declarar la titularidad de la competencia de gestión —pues el convenio marginaba a la Comunidad Autónoma de la relación subvencional— sin anular el abono directo de las subvenciones al Ayuntamiento de Barcelona por estimar que esta última medida “...podría suponer... graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales, también en Cataluña, tanto por referirse el Convenio a ejercicios económicos ya cerrados y que han agotado sus efectos como por la necesidad de no afectar a legítimos derechos de terceros que se hayan generado con motivo de las subvenciones ya abonadas” (FJ 6).

⁵⁴⁴ D.O. 23.07.1987.

⁵⁴⁵ Para ello la misma ley modificó el artículo 21 del D.L. N° 910/1975 (D.O. 01.03.1975).

rechazada por la Sala de la Cámara de Diputados⁵⁴⁶. Cabe señalar que la Cámara Chilena de la Construcción hizo un importante lobby a través de la prensa en contra de este proyecto, incluso con inserciones pagadas en los diarios de mayor circulación. Su entonces Presidente calificó a esta iniciativa en la prensa como “un nubarrón en el horizonte”⁵⁴⁷, que amenazaba la subsistencia de un pacto tácito que había permitido alcanzar niveles extraordinarios en el sector de la construcción⁵⁴⁸. Una de sus publicaciones estableció que de aprobarse el proyecto se incrementarían los costos de la vivienda en un 8% en perjuicio de los compradores:

“Alzas de esta magnitud provocarían caídas en las ventas de hasta 8% en el mercado inmobiliario sin subsidio, menores ventas a las que se asocia una menor inversión de UF 18 millones [cerca de 536 millones de euros]. Esta menor inversión provocaría la pérdida de más de 14 mil empleos directos y otros 21 mil empleos indirectos” (CCHC, 2005:8)⁵⁴⁹.

Un año después, el mismo grupo de parlamentarios volvió a presentar el proyecto pero, esta vez, mantuvo la franquicia en las viviendas cuyo valor de tasación fuese de hasta 1.000 U.F. (cerca de € 30.000)⁵⁵⁰ y no 520, como en el intento previo. Esta propuesta sí logró ser aprobada en la Cámara de Diputados el 09.01.2008, si bien en el curso de la discusión el límite se elevó a 2.000 U.F. Dos meses después su

⁵⁴⁶ El proyecto respectivo (Boletín N° 3737-14) fue ingresado el 14.12.2004. Dado que conforme al art. 65, inc. 4° N° 1, CPR corresponde al Presidente la iniciativa **exclusiva** de los proyectos de Ley cuyo objeto sea “Imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes” no cabría que a través de una moción —un proyecto de ley presentado por un parlamentario, en la nomenclatura constitucional chilena— se modificara la tributación de la construcción y venta de las viviendas. Para sortear este problema los parlamentarios que presentaron esta moción no modificaban las normas tributarias sino sólo redefinían el término “habitación” contenido en el inciso 3° del art. 21 del D.L. N° 910/1975 señalando que sólo incluía las construcciones destinadas a fines habitacionales cuyo valor de tasación no superase las 520 U.F. Dado que el crédito que reducía el IVA se generaba en los contratos sobre bienes corporales inmuebles para habitación la alteración del concepto “habitación” implicaba automáticamente la alteración de las hipótesis beneficiadas por esta franquicia, lo que según los detractores del proyecto acarrearía la inconstitucionalidad formal del proyecto. La crítica era más que plausible, pero no llegó a ser planteada ante el TC al rechazarse la moción en general en la sesión del 16.08.2005 de la Cámara de Diputados.

⁵⁴⁷ “De aprobarse la eliminación de esta franquicia el valor de las viviendas subiría en 10% y puede significar entre 20 y 30 mil puestos de trabajo menos, porque seguramente se van a inhibir nuevos proyectos” (*Casas ricas, subsidios de pobre*, La Nación, 07.08.2005, en http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20050806/pags/20050806194745.html).

⁵⁴⁸ *Rebajaron pago del IVA en US\$500 millones en tres años. El millonario subsidio que beneficia a las constructoras*, Diario Siete, 06.05.2005, p. 16.

⁵⁴⁹ Un enfoque semejante en DELPIANO, 2006.

⁵⁵⁰ Boletín 4457-14, con ingreso de 23.08.2006, presentado una vez transcurrido el plazo de un año que establece el artículo 68 CPR para renovar un proyecto de ley que ha sido rechazado.

tramitación se paralizó porque el Ejecutivo decidió patrocinar esta idea, despejando con ello la polémica acerca de si esta moción parlamentaria vulneraba la iniciativa exclusiva del Ejecutivo para leyes de carácter tributario (art. 65, inc. 4º N° 1, CPR)⁵⁵¹. Para ello aprovechó otro proyecto de ley enviado por el Gobierno al Congreso⁵⁵². En lo que nos interesa, éste seguía la filosofía de focalizar la franquicia en las viviendas de las personas de menores ingresos y clase media (“...Quienes tienen mayores recursos pueden costear viviendas de mayor valor sin necesidad de un estímulo fiscal”), pero con un mecanismo diverso: a) Mantener la exención a las viviendas de hasta 2.000 UF (cerca de € 60.000); b) En el tramo entre 2.000 y 4.000 UF otorgar un beneficio decreciente, inversamente proporcional al precio de la vivienda; c) Acotar la franquicia, en ambos casos, a un máximo de 150 UF por vivienda (equivalente a cerca de € 4.500); y d) Eliminar la franquicia en las viviendas cuyo valor fuese igual o superior a 4.000 UF (equivalente a cerca de € 120.000).

Con todo, en el primer trámite constitucional hubo parlamentarios que defendieron mantener el IVA rebajado hasta en las viviendas cuyo valor de tasación no superase las 6.000 UF (equivalente a cerca de € 180.000). El diputado Montes argumentó que esto desfocalizaría el beneficio desnaturalizando el propósito del proyecto, por lo que no debía subirse el tope más allá de 4.000 UF:

“Según estudios de la Cámara Chilena de la Construcción y del Ministerio de Hacienda, quienes compran viviendas de más de 4 mil unidades de fomento pertenecen al 5 por ciento de la población que recibe mayores ingresos. Por lo tanto, el 95 por ciento restante no tiene acceso a viviendas de ese precio. Entonces, no vengamos a decir que personas que compran viviendas de 6 mil unidades de fomento son de clase media. Quizás, de acuerdo con alguna definición sociológica, pueden pertenecer a ella, pero no desde el punto de vista de sus ingresos... No puede ser que se otorguen subsidios para la construcción de casas inmensas ubicadas en lugares donde vive gente de elevados ingresos. El Estado, a través de su política pública, no tiene por qué poner recursos ahí”⁵⁵³.

Durante el segundo trámite constitucional los senadores reclamaron al Gobierno subir el tope máximo del beneficio de 150 UF a 225 UF y el valor a partir del cual no existía beneficio de 4.000 a 4.500 UF. El Gobierno accedió a esto y el proyecto fue

⁵⁵¹ Cfr. *supra* nota 546.

⁵⁵² El proyecto fue ingresado el 04.03.2008 (Boletín 5752-05) y su objetivo principal era rebajar el impuesto a los combustibles dado el alza del precio internacional del petróleo. La focalización del “I.V.A. de la construcción” era uno de los medios para financiar esta medida y se contenía en el art. 5º.

⁵⁵³ Sesión 139, de 06.03.2008, de la Legislatura 355 de la Cámara de Diputados, p. 35.

aprobado en esos términos⁵⁵⁴. El vínculo entre vivienda y actividad económica sería de nuevo recordado en el tercer trámite constitucional por el Diputado Lobos, quien sostuvo que:

“...cuando alguien desea fomentar el empleo, debe fomentar la construcción. / La exención del IVA a la construcción estimula que la gente construya. Si se pone término a ese beneficio, muchos decidirán no construir, porque sacarán cuentas de que la obra resultará muy cara y, en consecuencia, veinte o veintidós personas no tendrán trabajo”⁵⁵⁵.

Como se ve, a ambos lados del océano se considera que el sector de la vivienda tiene un fuerte impacto en la actividad económica, lo que indudablemente pesa a la hora de adoptar decisiones políticas sobre su regulación. Si un cambio en esta última parece “afectar” al sector de la construcción tendrá que extremarse su justificación para lograr que sea aprobada. Ello es particularmente delicado cuando el cambio favorece otros derechos o bienes jurídicos, pues no siempre éstos tendrán suficiente capacidad de lobby para asegurar su debida valoración en el proceso de adopción de decisiones públicas.

1.3.2. La política de crecimiento urbano: segregación y asentamientos difusos o concentrados.

La segregación también puede verse alentada o morigerada por la opción que se adopte en materia de crecimiento urbano. En efecto, el modelo de ciudad compacta permite naturalmente una mayor combinación y mezcla social. Por el contrario, la segregación se ve favorecida por los modelos de ciudad difusa. Así lo establece la Estrategia Territorial Europea, conforme a la cual son cinco los aspectos decisivos para el desarrollo sostenible de las ciudades, a saber:

- “el control de la expansión urbana,
- la mezcla de funciones y grupos sociales (en particular, en las grandes ciudades, donde una parte creciente de la población se ve amenazada por la exclusión social),
- la gestión inteligente y economizadora de los recursos del ecosistema urbano (en particular, el agua, la energía y los residuos),
- una mejor accesibilidad gracias a medios de transporte que sean no sólo eficaces sino también compatibles con el medio ambiente y, finalmente,
- la protección y el desarrollo del patrimonio natural y cultural” (UNIÓN EUROPEA, 1999:24, § 81).

Revisando los dos primeros puntos la estrategia señala que:

⁵⁵⁴ Ley N° 20.259, de 2008, que establece rebaja transitoria del Impuesto a las Gasolinas Automotrices y modifica otros cuerpos legales (D.O. 25.03.2008).

⁵⁵⁵ Sesión 9ª, de 20.03.2008, de la Legislatura 356 de la Cámara de Diputados, p. 27.

«(84) Para poder controlar mejor la continua tendencia a la expansión de las ciudades, los Estados miembros y sus autoridades locales y regionales deben apoyarse en la idea de la “ciudad compacta” (o ciudad de pequeñas distancias). Esto incluye, por ejemplo, el control de la extensión de las áreas urbanizables, en el marco de una política urbanística cuidadosa, particularmente en las periferias urbanas y en muchas zonas costeras. Por otra parte, la limitación de la expansión urbana sólo puede llevarse a cabo en un contexto regional. Para ello, es necesario intensificar la colaboración entre las ciudades y su entorno rural, así como encontrar nuevas formas de asociación para conciliar intereses contrapuestos.

(85) El futuro de las ciudades de la UE depende de la lucha contra la progresión de la pobreza y la exclusión social, y de limitar la pérdida de importancia de algunas funciones urbanas. En las zonas urbanas, es importante tanto revitalizar las áreas abandonadas y zonas industriales en desuso como promover una oferta equilibrada de alojamientos de bajo coste y buena calidad. Gracias a la mezcla de funciones, todos los ciudadanos deberían poder acceder fácilmente a las infraestructuras y servicios básicos, a los espacios libres, a la formación general y profesional, y a la atención sanitaria. A este respecto, el mantenimiento y el desarrollo de pequeñas zonas verdes en la ciudad ejerce a la vez una importante función ambiental y social» (UNIÓN EUROPEA, 1999:24).

En consecuencia, se trata de problemas que pueden distinguirse pero que tienen una dependencia evidente. Si bien es cierto que puede existir una ciudad compacta pero segregada —el guetto o la morería medieval, como vimos en el Capítulo 1— la dispersión urbana parece favorecer los procesos de segregación o, al menos, dificulta la mezcla de funciones, lo que exige políticas más sofisticadas para garantizar la cohesión social.

a) La liberalización espacial de 1979 en Chile, su rectificación y ¿resurrección?

La correlación entre expansión urbana y segregación parece especialmente clara en el caso de Santiago de Chile. Como ya comentamos, en 1960 se aprobó el primer Plan Intercomunal de esta ciudad (PIS)⁵⁵⁶, que permitía el uso urbano en cerca de 38.600 ha. El crecimiento urbano empezó a escaparse de las previsiones del plan con las ocupaciones irregulares de los terrenos o “tomas”, que cobran especial fuerza a partir de 1957, al punto que “parte importante del crecimiento que experimentaba la capital de Chile en esos años estuvo asociada a esa modalidad de ocupación de suelo” (HIDALGO D., 2005:189-190). La presión generada por la migración campo ciudad exigió una intensa actuación pública que explica que

⁵⁵⁶ Este Plan fue aprobado por D.S. N°2.387 (M.O.P.), de 10 de noviembre de 1960 (D.O. 27.12.1960).

“...entre 1960 y 1975 el Estado, a través de su política de vivienda social, fue el autor material de una parte significativa del crecimiento de la mancha urbana de Santiago, tanto dentro como fuera del límite”, y que, en los hechos, “...entre 1960 y 1975 el límite urbano fue flexible y no impidió el crecimiento en extensión” (PETERMANN, 2006:213).

En 1975 la Dictadura Militar congeló el límite urbano⁵⁵⁷ de Santiago arguyendo la necesidad de preservar las áreas agrícolas y utilizar eficientemente las redes ya existentes en la ciudad, sin que en los cuatro años siguientes hubiese transgresiones importantes. En ese corto lapso, sin embargo, la Dictadura cambió radicalmente su enfoque y emprendió un sorprendente proceso de liberalización del suelo que se entiende a la luz de la influencia alcanzada por los economistas de Chicago (popularmente conocidos como *Chicago Boys*) en el Gobierno de Pinochet⁵⁵⁸. De hecho, el Director del Departamento de Economía de dicha Universidad escribió un artículo en Chile defendiendo el crecimiento urbano en extensión como una tendencia natural que no parecía sabio frenar en tanto la infraestructura fuese costeadada por los beneficiarios directos, sin asignar importancia al ahorro de costos o a la protección de suelos agrícolas como en 1975 (HARBERGER, 1979). En la misma revista escribía en sentido coincidente el entonces Ministro de Planificación, afirmando que:

“A menos que el mercado contenga serias imperfecciones, el permitir que las ciudades crezcan horizontalmente beneficiaría al usuario de la vivienda (le sale más barato y lo prefiere), al agricultor (obtiene un mayor valor por su tierra) y al Estado que abarata los costos de infraestructura” (KAST, 1979:38).

Con estos antecedentes no es raro que la Política Nacional de Desarrollo Urbano de 1979 —anunciada por el entonces Ministro de Vivienda a través de una cadena televisiva⁵⁵⁹— fuera explícita y rotundamente liberal. En efecto, afirma que “El suelo urbano no es un recurso escaso” y su uso “queda definido por su mayor rentabilidad”. Por ello anuncia la aplicación de “un sistema de planificación flexible con el mínimo de intervención estatal apoyada en normas técnicas y procedimientos de tipo genérico”, pues la escasez del suelo urbano era “provocada en la mayoría de los casos, por la ineficiencia y rigidez de las normas y procedimientos legales aplicados hasta la fecha para regular el crecimiento de las ciudades”. De allí que para “una operación adecuada del mercado del suelo, tanto urbano como rural, es conveniente que siempre exista la posibilidad fácil de

⁵⁵⁷ Esta modificación del PIS fue aprobada por D.S. N° 193 (MINVU), de 12 de mayo de 1975 (D.O. 11.06.1975).

⁵⁵⁸ A este respecto puede consultarse HUNEEUS, 2002:389-436.

⁵⁵⁹ Véase El Mercurio del 14.03.1979: “Nueva Política de Desarrollo Urbano dictará el Gobierno”.

incorporar nuevos stocks de tierras para los usos de mayor demanda". Cabe señalar que pese a la importancia de esta política no se oficializó sino como un documento de trabajo interno, publicado luego en una revista universitaria (MINVU, 1981), de manera que no fue sancionada a través de acto administrativo alguno.

Estas ideas no tardaron en aplicarse. El PIS contemplaba un área urbanizable de aproximadamente 33.000 hectáreas, que en 19 años se había ampliado ligeramente. Pues bien, implementando la nueva política el D. S. N° 420/1979 (MINVU)⁵⁶⁰ amplió el área urbanizable a 99.935 ha (1979).

Las críticas a esta medida no tardaron en expresarse. Se afirmó, por ejemplo, que "el suelo natural y el suelo urbano son dos bienes absolutamente diferentes y no pueden ser transados en un mismo mercado", pues, entre otras razones, "el suelo urbano contiene muchos aspectos invisibles a simple vista: geología, napas subterráneas, resistencia, instalaciones, equipamientos, planificación futura, etc., que el público en general lo asemeja al suelo natural y viceversa, lo que induce a error incluso a los expertos". Además, "dado su gran valor, el suelo urbano puede dejarse eriaz y conservarse así en espera de mejores precios lo que deriva en la especulación" (p. ej., PARROCHIA B., 1979). El pronóstico de este autor era marcadamente pesimista y, por desgracia, se cumplió.

Conviene citar los pronósticos de PARROCHIA —Premio Nacional de Urbanismo de Chile 1996, año de su instauración— formulados en un documento preparado para el Decano de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile, publicado sólo recientemente: «1. A cortísimo plazo, la política de desarrollo que hará la extensión urbana, repercutirá en una oferta de loteos y urbanizaciones para todos los grupos económicos. Aparecerán ofertas para los habitantes acomodados y también para la clase media y la clase baja. / 2. Esta oferta durará un plazo muy breve y será hecha por parte de los promotores que ya disponen de grandes extensiones de suelo agrícola, no urbano, adquiridas de antemano a muy bajo costo. / 3. Rápidamente los adquirientes se desalentarán por los costos indirectos de transporte, la suburbanización, el abandono, las falsas promesas y la imposibilidad de lograr el sueño que se les pintó. / 4. Los suelos no bajarán de precio. Posiblemente bajen algo los mayores precios especulativos. / 5. Aumentarán las ganancias de los promotores. / 6. Aumentarán los costos de administración del Estado, de los Municipios y de los habitantes. / 7. Las áreas urbanas actuales quedarán más abandonadas y con menores servicios. / 8. A mediano plazo la política de "Crecimiento Natural" será modificada, por las mismas autoridades y los mismos economistas, volviendo al crecimiento controlado y orientado por el Estado, dado el gran daño que de ello habrá derivado. / Este fenómeno se puede apreciar en muchos países del mundo gobernados por las más variadas ideologías

⁵⁶⁰

D.O. 30.11.1979.

políticas. / 9. Pero los daños causados serán irreversibles. / 10. Una ocupación de sólo 5.000 has en los próximos años destruirá la totalidad del Valle agrícola del Maipo-Mapocho, si esta se implanta en forma libre y errática de acuerdo sólo a los intereses de los propietarios y promotores» (PARROCHIA B., 1979).

Desde una perspectiva económica también se apuntaron las serias limitaciones que tenía la competencia en el mercado del suelo (heterogeneidad de este recurso, problemas de concurrencia, transparencia y movilidad de los factores y externalidades) y que alentaban la especulación, lo que exigía una política pública atenta a corregir esos problemas. A ello se añadían los costes del desarrollo en extensión (*sprawl*) y el riesgo de la segregación residencial, que sería “un resultado esperable como consecuencia de una libre operatoria del mercado inmobiliario, la cual puede reforzarse por las normas y decisiones adoptadas por el sector público” (TRIVELLI O., 1981:56). De igual modo, se constataba que en apenas un par de años esta “liberalización” había aumentado en vez de bajar los precios, estimulando en vez de frenando la especulación (Ibíd.:59)⁵⁶¹.

En este contexto no sorprende que en 1985 se decidiera terminar con este experimento aprobando una nueva política de desarrollo urbano —esta vez mediante un D.S., pero ¡no publicado en el D.O.!⁵⁶²— que retorna al cauce tradicional. Así, por ejemplo, señalando la necesidad de regular el crecimiento urbano y rectificar “la planificación empleada hasta hoy” y, en frontal oposición a su predecesora afirma que:

“8.2. Crecimiento. FUNDAMENTOS. a) El suelo es un recurso económicamente escaso, debido a su naturaleza de bien útil no producido, cuya oferta es inelástica. / b) En la medida que el suelo de una ciudad sea usado más intensamente, se aprovecha mejor el equipamiento y se reducen los costos de la infraestructura y del transporte” (MINVU, 1985:21).

No hubo, sin embargo, una correlativa modificación del PIS, lo que en buenas cuentas significó que hasta 1994 la liberalización espacial se mantuvo en los hechos.

⁵⁶¹ En un trabajo posterior el mismo autor señala que “En un contexto de bonanza económica, crédito barato y un tratamiento tributario excepcionalmente favorable, los precios de los terrenos no solamente no bajaron, sino que, por el contrario, se produjo una violenta alza en los valores del suelo y una acción especulativa de grandes proporciones. En los tres años que siguieron a la promulgación de esta norma, se sometieron a la aprobación de proyectos de subdivisión predial un total de 7.939 ha, cifra totalmente desproporcionada con los requisitos reales de suelo para el crecimiento de la ciudad. La burbuja especulativa reventó a mediados de 1981, cuando el país entró en una aguda crisis económica, y los precios de la tierra cayeron en forma sistemática hasta el primer trimestre de 1983” (TRIVELLI O., 1990-1991:444).

⁵⁶² D. S. N° 31/1985 (MINVU), no publicado en el D.O. Posteriormente el D.S. N° 158/87 (MINVU), D.O. 17.12.1987, aprobó algunas precisiones a la política (MINVU) y, finalmente, el D. S. N° 259/2000 (MINVU), D.O. 13.11.2000, la derogó.

Con todo, trabajos recientes objetan que la extensión de la ciudad sea fruto de aquélla, básicamente porque el crecimiento de la “mancha urbana” santiaguina fue bastante modesto en comparación a los periodos anteriores y posteriores (PETERMANN, 2006:220-2). Sin embargo, se trata de una afirmación que olvida que no sólo importa el número exacto de territorio urbanizado sino también su ubicación, pues al permitir el D.S. Nº 420/1979 (MINVU) un crecimiento a saltos y disperso en la práctica terminó por hacer inevitable la urbanización de los terrenos intermedios, abandonados para el uso agropecuario.

También debe recordarse que en esa misma época el D.L. Nº 3.516/1980⁵⁶³ permitió dividir libremente los predios con aptitud agrícola, ganadera o forestal (“predios rústicos”, en su nomenclatura) localizados fuera de los límites urbanos o de los planes reguladores intercomunales de Santiago y Valparaíso y el plan regulador metropolitano de Concepción, “siempre que los lotes resultantes tengan una superficie no inferior a 0,5 hectáreas físicas”⁵⁶⁴, lo que generó verdaderas urbanizaciones encubiertas de parcelas de 5.000 m² en el borde de la ciudad.

Desde la perspectiva que nos interesa la política liberalizadora tuvo un hondo impacto, pues se vio acompañada por dos fenómenos paralelos: la política de erradicación de asentamientos irregulares y la construcción de viviendas sociales en la periferia de la ciudad, todo ello en una lógica economicista de corto plazo que ya tenía antecedentes en los inicios del siglo XX⁵⁶⁵:

⁵⁶³ D.O. 01.12.1980.

⁵⁶⁴ Dicha dimensión resultó atractiva para vivir en el borde de la ciudad, en un ambiente menos saturado, pero en lo absoluto perseguía este propósito. Por el contrario, el texto de la norma prohíbe cambiar el destino de los predios resultantes, sujetándolos a los arts. 55 y 56 LGUC, debiendo esto constar expresamente en los títulos de enajenación de cualquiera de estos lotes. El art. 2º del D.L. Nº3.516/1980 insistía en mantener el carácter rural de estos predios, sancionando a cualquiera que infringiese sus disposiciones “...aun bajo la forma de comunidades, condominios, arrendamientos o cualquier otro cuyo resultado sea la destinación a fines urbanos o habitacionales...”, debiendo accionar el Consejo de Defensa de incurrirse en tales actos. Dado que el mismo art. 55 LGUC permite construir la vivienda del propietario del terreno se ha tolerado este tipo de edificaciones.

⁵⁶⁵ Hidalgo ha puesto de relieve que aplicando la Ley de Habitaciones Obreras de 1906 el Consejo de Habitaciones demolió, en 19 años de existencia, «...1.626 “conventillos”, constituidos por 16.713 piezas y habitados por 46.794 personas...» (HIDALGO D., 2007:55) por su carácter insalubre (carecían de agua potable y alcantarillado). A cambio se construyen “cités”, esto es, conjuntos de viviendas, “...generalmente de edificación continua, que enfrentan un espacio común, privado, el que tiene relación con la vía pública a través de uno o varios accesos. Su denominación tiene como origen esta forma especial de relacionarse con el espacio público, que recuerda la ciudadela medieval amurallada” (ORTEGA, 1985:19). El punto es que ya entonces la periferia constituye para los promotores inmobiliarios y para el Estado el sector donde construir las edificaciones baratas, principalmente por el bajo costo del suelo, con lo que «...la demolición de conventillos y construcción de “cités” llevan a los grupos sin poder de pago a sectores situados en los márgenes de la ciudad» (HIDALGO D., 2007:55).

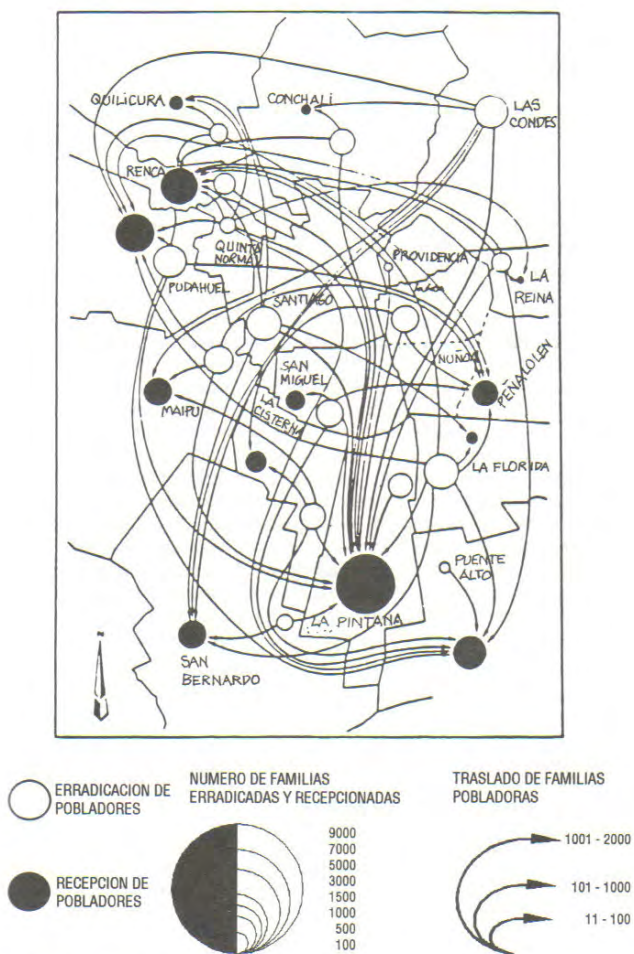
“Dentro de esta perspectiva, bajo los principios señalados se llevó a cabo a partir de 1979, una activa política de erradicación de poblaciones marginales, es decir de los campamentos⁵⁶⁶, lo que provocó importantes movimientos de población al interior de la ciudad de Santiago y en otras ciudades del país. En base a criterios económicos y de restitución de las propiedades que esos asentamientos ocupaban a sus propietarios originales, se edificaron en aquellos terrenos “liberados”, ahora para el mercado, importantes proyectos inmobiliarios... / El conjunto de la aplicación de los principios de la política de 1979 también tuvo efectos en el ordenamiento socioeconómico espacial de las grandes ciudades chilenas... uno de los elementos que destaca de dichos territorios se refiere a su no despreciable grado de segregación social y fragmentación física, elemento que estuvo en el origen de la fundación de estas urbes. Sin embargo, estos aspectos se vieron incrementados, ya que la periferia fue la única alternativa de localización de los conjuntos de vivienda social... sólo entre 1979 y 1985 se movilizaron cerca de treinta mil familias en torno a las erradicaciones de los campamentos; ello llevó a prácticamente ocupar gran parte de la superficie urbana actual de algunos municipios, la que anterior a ese proceso era casi en su totalidad suelos en plena producción agrícola” (HIDALGO D., 2005:371-2).

Se ha dicho que “...en el periodo 1979-1984 quedaron sometidos a este proceso aproximadamente 160.000 habitantes de Santiago, es decir, a consecuencia de este proceso de regularización se reasentó dentro de la ciudad una cantidad de población equivalente a una ciudad de tamaño medio de Chile” (TRIVELLI O., 1990:447). Otros autores hablan de 28.000 familias y 120.000 erradicados (SUGRANYES, 2005:32). El siguiente cuadro refleja gráficamente los principales flujos de erradicación, todos desde el centro hacia la periferia:

⁵⁶⁶

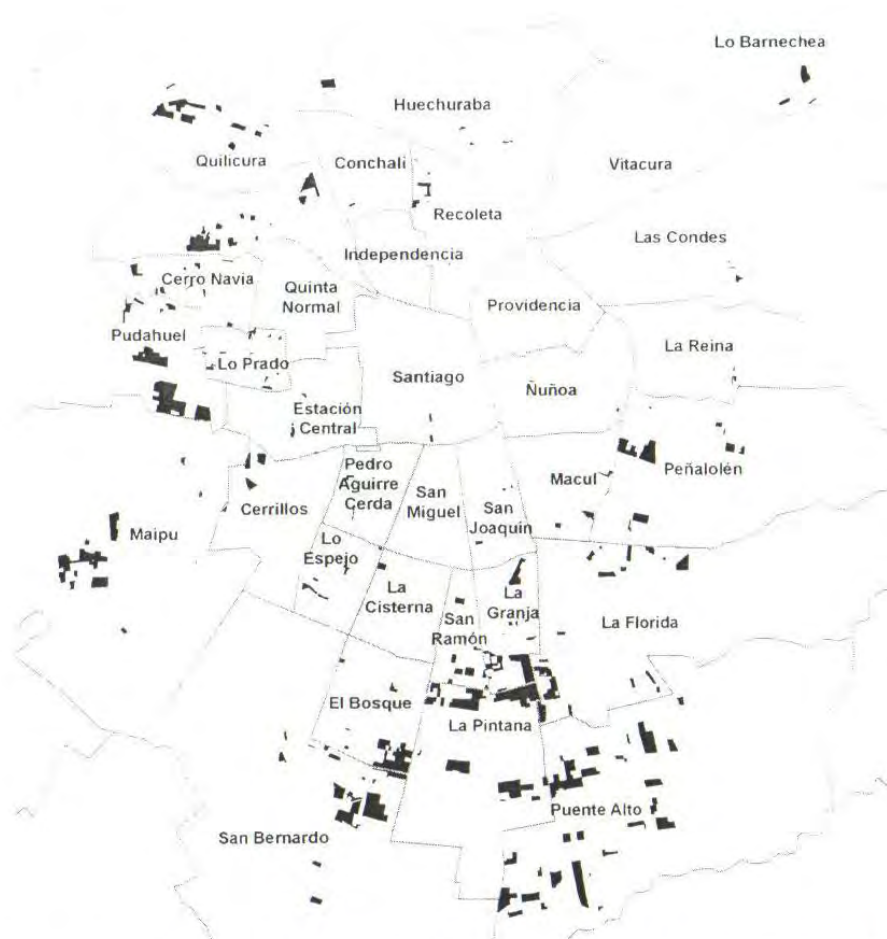
Nombre dado en Chile a los asentamientos irregulares conformados por chabolas.

FIG. 2.
PLANO ERRADICACIÓN DE POBLADORES DE CAMPAMENTOS
DEL AREA METROPOLITANA POR COMUNAS DE ORIGEN Y
DESTINO, 1979 - 1985.



FUENTE: CED (1990:65)

El mismo fenómeno puede verse en este otro gráfico que muestra la localización de los conjuntos de vivienda social entre 1980 y 2000. En efecto, es evidente que la vivienda social se concentra en sectores determinados y está ausente del todo en algunos sectores de la ciudad.



Santiago, localización de los conjuntos de vivienda social construidos entre 1980 y 2000. Total 202 mil unidades, de menos de UF 400, en 2.500 hectáreas. Fuente: Elaboración SUR 2004

Esta segregación se proyecta en significativas diferencias entre los distintos sectores de la ciudad que van más allá de la pura vivienda social. El siguiente cuadro compara distintos indicadores entre la comuna con mayor y menor porcentaje de pobreza en Santiago, ambas con semejante cantidad de habitantes pero enormes diferencias en sus presupuestos (casi 7 veces), la cantidad de usuarios del sistema de salud municipal (casi 5 veces), ingresos promedio de sus habitantes (casi 6 veces) o áreas verdes por habitantes (casi ¡40 veces!)⁵⁶⁷:

⁵⁶⁷ Tomado de FSP, 2010:93.

Cuadro 34. Perfil fiscal y de servicios locales según las dos comunas de menor y mayor porcentaje de pobreza en la ciudad de Santiago.		
VITACURA	INDICADORES	LO ESPEJO
28,9	Superficie (Km ²)	7,2
81.500	Población	105.335
23.823	Viviendas	24.853
44.395.500	Presupuesto Municipal (miles de \$)	6.681.767
544.736	Presupuesto por habitante	65.140
1	Servicios Salud Municipales	4
22.123	Nº Inscritos salud municipal	106.968
3.120.820	Ingreso promedio hogares	419.922
0,5%	Índice de pobreza	11,8%
87,8%	Satisfacción con espacios públicos	43%
4110 m ²	M ² Áreas verdes por habitante	1,5 m ²
48%	Delitos en hogares	34%
41,1%	Robos por sorpresa	51,3%

Fuente: elaborado por El Mercurio con datos de www.observatoriourbano.cl. Publicado el 14 / 02 / 2009 en nota de prensa "La brecha en calidad de vida entre Vitacura y Lo Espejo".

Ya dijimos que el retroceso efectivo de la liberalización vino con el reemplazo del PIS por el PRMS de 1994⁵⁶⁸, pues éste definió un área urbanizable y urbana a cerca de 62.303 ha. Últimamente PODUJE (2006:255-6) ha destacado que en la práctica la contención no fue tal, pues el consumo de suelo fue superior al del periodo 1979-1993 y la densidad cayó en vez de subir, primero, porque el área prevista para la expansión, de 18.145 ha, permitía "...continuar expandiendo la ciudad por a lo menos 15 años más..."; segundo, porque el plan no alcanzó a frenar parte importante de los fraccionamientos del perímetro exterior en parcelas de 5.000 m² aplicando el D.L. Nº 3.516/1980; y, tercero, porque el MINVU no tuvo los terrenos necesarios dentro del límite para construir viviendas sociales y ante el alza de precios optó por buscar fórmulas para construir fuera del límite urbano, como el ya comentado art. 50 LGUC o la Ley Nº 19.859⁵⁶⁹, que modificó la LGUC para incluir dentro de las excepciones que permiten construir viviendas fuera de los límites urbanos:

"...la construcción de conjuntos habitacionales de viviendas sociales o de viviendas de hasta un valor de 1.000 unidades de fomento [aproximadamente 30.000 euros], que cuenten con los requisitos para obtener el subsidio del Estado".

A ello debe añadirse que en 1997 el límite volvió a ser ampliado y se generó la figura de la planificación por condiciones en la provincia de Chacabuco⁵⁷⁰, que como veremos en 2003 se generalizó al área de interés silvoagropecuario de todo el PRMS⁵⁷¹. En 2006 el PRMS se amplió por última vez, pues desde entonces abarca

⁵⁶⁸ Aprobado por la Resolución Nº 20/1994, del Gobierno Regional Metropolitano (D.O. 04.11.1994).

⁵⁶⁹ D.O. 31.01.2003.

⁵⁷⁰ La modificación fue sancionada por la Resolución Nº 39/1997, del Gobierno Regional Metropolitano (D.O. 12.12.1997).

⁵⁷¹ La modificación fue sancionada por la Resolución Nº 107/2003, del Gobierno Regional Metropolitano (D.O. 11.12.2003).

toda la Región Metropolitana⁵⁷². Ya analizaremos este tema con más detención, pero como salta a la vista podría estimarse que las ideas de 1979 no están del todo enterradas.

b) La liberalización espacial de 1996 en España

Ya analizamos en el capítulo anterior⁵⁷³ como en 1996 se inició en España la liberalización del suelo a través del RD Ley 5/1996, de 7 de junio, que suprimió la distinción entre suelo urbanizable programado y no programado y que fue convalidado por la Ley 7/1997, “de medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales” de 14 de abril. La LRSV confirmó lo anterior y profundizó el enfoque de una “liberalización espacial” al otorgar carácter residual al suelo urbanizable (art. 10) y restringir la potestad para clasificar al suelo como no urbanizable (art. 9), cuestión que fue llevada al extremo por el RD Ley 4/2000, de 23 de junio, desactivado por la STC 164/2001, de 11 de julio de 2001. Esta sentencia llevó a dejar sin efecto el RD Ley 4/2000 mediante la Ley 10/2003, de 20 de mayo. Por su parte, la LS 2007 —y, por consiguiente, el TRLS 2008— adoptó una posición diametralmente opuesta en esta materia, pues si bien no reguló la clasificación y categorización del suelo por entender que es una técnica urbanística que compete al legislador autonómico, afirmó que la “regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible” (art. 2.1). Si bien la liberalización del suelo nunca se aplicó por completo, pues en general las leyes autonómicas no se ajustaron a sus criterios⁵⁷⁴, la inversión pública en infraestructura ha sido exagerada, al punto que LÓPEZ de L. denuncie que su objetivo no ha sido incrementar la competitividad española “...sino simplemente apoyar el despliegue de la sobreurbanización de la costa y de las periferias próximas y lejanas de sus áreas urbanas y metropolitanas”, esto es, servir de soporte a la especulación inmobiliaria⁵⁷⁵. De hecho, es un dato evidente a estas alturas que el modelo económico español ha descansado excesivamente en el sector

⁵⁷² La modificación fue sancionada por la Resolución N° 76/2006, del Gobierno Regional Metropolitano (D.O. 24.10.2006).

⁵⁷³ *Supra* Capítulo 2, apartado 2.2.4.c).

⁵⁷⁴ *Supra* Capítulo 2, apartado 2.2.4.c).

⁵⁷⁵ “La otra cara de la burbuja inmobiliaria”, en El País de 28.05.2010. Esta columna sigue otra previa de JOSÉ TORREBLANCA, «'Hardware' y 'software'», publicada en el mismo diario el 28.05.2010 (ambas consultadas en <http://www.elpais.com/>, el 24.05.2004, a las 13:05 hrs.). Allí se afirma que en 2009 España invirtió en infraestructuras el triple que Alemania (1,79% del PIB frente a 0,69%), lo que demostraría una priorización de este sector en perjuicio de otros sectores, como el educativo.

de la construcción, que ha concentrado recursos financieros y productivos al punto que la construcción residencial pasó de representar el 4,7% del PIB en 1997, al 9,3% en 2007 (MINISTERIO DE VIVIENDA, 2010:8), y de explicar el 6,6% del crecimiento general de la economía en 1997 a una cuarta parte de éste, en 2006 (RODRÍGUEZ L., 2007:488). Ello explica la importancia que ha tenido la crisis de este sector⁵⁷⁶ en la general que ha sufrido la economía española (combinada con la grave crisis financiera mundial iniciada en el segundo semestre de 2007), al punto que se reclame un cambio del patrón productivo español para “retomar tasas de crecimiento potencial elevadas”, cuestión que exigirá “el fomento de la inversión en sectores alternativos a la construcción y el incremento de la productividad” (BANCO DE ESPAÑA, 2009:42). La sensación de crecimiento, bienestar y riqueza que había generado el sector inmobiliario terminó por revelarse como falsa⁵⁷⁷ y su

⁵⁷⁶ Según el Banco de España, en 2008 “La inversión residencial mostró una acusada reducción, que fue cobrando intensidad a lo largo del año, hasta registrar un descenso de casi el 20% en el último trimestre. La oferta inmobiliaria reaccionó con intensidad a la caída de la demanda residencial, lo que se plasmó en un recorte sustancial del número de viviendas iniciadas, que en promedio fue un 40% inferior al del 2007. A pesar de la intensidad de esta corrección, continuó ampliándose el stock de inmuebles sin vender, pues en el transcurso de 2008 se fueron acabando las viviendas iniciadas en la fase de máxima expansión del sector residencial, en torno a 2006. El exceso de oferta acumulado contribuyó a intensificar la trayectoria de desaceleración de los precios de la vivienda, que comenzaron a descender en la segunda parte del año, tras haberse incrementado fuertemente en los años anteriores. Y ello generó expectativas adicionales de descensos e inhibió la demanda residencial. En estas circunstancias, el sector inmobiliario afrontó un profundo proceso de reestructuración a lo largo de 2008, contribuyendo de forma determinante al desplome de la actividad y del empleo, lo que generó efectos contractivos muy potentes sobre el resto de la economía” (BANCO DE ESPAÑA, 2009:30 y 32). En 2009 la situación no ha sido mucho mejor: “El mercado de vivienda ha visto descender las ventas de viviendas en el primer trimestre de 2009 en torno al -35%. El descenso de las ventas está teniendo lugar por cuarto año consecutivo. Junto al descenso de las ventas ha destacado la fuerte contracción sufrida por las viviendas iniciadas (-66% en enero-febrero de 2009 sobre el mismo periodo de 2008), mientras que el descenso de los precios de las viviendas ha sido bastante moderado hasta el momento (-6,8% fue la disminución interanual de los precios en el primer trimestre” (RODRÍGUEZ L., 2009:366).

⁵⁷⁷ El crecimiento de los precios inmobiliarios durante la década pasada y buena parte de ésta provocó que la “riqueza inmobiliaria” aumentara significativamente. El Banco de España señala que entre 2002 y 2005 “...creció a una tasa media anual del 18%, en términos reales. De esos 18 puntos, alrededor de 15 fueron consecuencia del incremento del precio de la vivienda; y el resto, de la acumulación de nuevas propiedades inmobiliarias. Alrededor del 40% de las familias que tenían propiedades inmobiliarias en 2002 vio incrementado el valor de las mismas en más de un 75%”; y añade: “En definitiva, el peso de la riqueza inmobiliaria sobre la riqueza total de los hogares españoles aumentó del 78,7% al 80% entre 2002 y 2005. Según estimaciones basadas en datos agregados, esta ratio podría haber aumentado aún más (unos 3 puntos) durante los últimos tres años. En cualquier caso, la concentración de riqueza en activos inmobiliarios de los hogares españoles resulta elevada en comparación con otros países. Tomando como referencia aquellos en los que existen datos de naturaleza comparable (...), se

ajuste a la realidad está exigiendo duros sacrificios a los ciudadanos y el Gobierno⁵⁷⁸. Desde la perspectiva que nos interesa, este proceso se tradujo en un crecimiento exponencial del número de transacciones inmobiliarias y de las nuevas viviendas construidas que, como es obvio, debían localizarse en alguna parte, de manera que la paralela liberalización del suelo —cuyos efectos no han cesado automáticamente⁵⁷⁹— era una respuesta para ello. De hecho, entre 1998 y 2006 “la superficie de viviendas construidas ha sido de 710 millones de metros cuadrados, el 1,2% del territorio nacional” (RODRÍGUEZ L., 2007:486). Para apreciar la importancia de este fenómeno es ilustrativo considerar que:

“...el parque de viviendas aumentó a una tasa anual media del 2,7% entre 1995 y 2007 (de 18,3 a 25,1 millones), auspiciada también por la evolución alcista de los precios y por las expectativas de revalorización. Entre 1990-1998 y 1999-2007, la inversión residencial aumentó en casi 2 puntos su peso en el PIB, del 5% al 6,8%, mientras que en Estados Unidos pasó del 4,4% al 4,8% y en el conjunto del área del euro se mantuvo constante alrededor del 5,5%. El aumento del peso del sector de la construcción también fue especialmente notorio en lo que se refiere al empleo: en 2007 este sector representaba un 13,2% del empleo total, 2,7 puntos por encima del registrado en 1999. En Estados Unidos este porcentaje pasó del 7,1% al 8% durante ese mismo período. Hay que señalar, no obstante, que en nuestro país operaron factores idiosincrásicos como la dinámica demográfica, el atractivo como destino turístico o una mayor necesidad de mejorar nuestra dotación de infraestructuras, como corresponde a una economía en proceso de convergencia” (BANCO DE ESPAÑA, 2009:49).

La combinación de todos los factores anteriores ha llevado a que se inicie una paulatina sustitución del modelo de ciudad compacta por el de ciudad dispersa:

“...la creciente importancia de la dimensión económica de la vida colectiva y la consecuente penetración de ésta también del urbanismo en calidad de uno más —no precisamente menor— de los sectores de la economía, ha agravado la expresada situación, introduciendo un riesgo cierto, que se ha ido convirtiendo entretanto ya en un verdadero peligro, de mutación silenciosa del modelo y de la cultura urbanísticas no obstante la permanencia del modelo en cuanto tal... se trata de un

observa que en Italia dicha ratio es de alrededor del 75% y que en Estados Unidos pasó del 36,7% al 43,4% entre 2001 y 2004” (BANCO DE ESPAÑA, 2009:49-50). Según el Banco, en 2008 la crisis habría reducido esta “riqueza inmobiliaria” en algo más de un 8% (Ibíd., 2009:27 y, con más detalle, 58-59).

⁵⁷⁸ Véase el RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE núm. 126, de 24.05.2010). Conviene recordar que entre 2008 y 2009 desapareció casi un millón de puestos de trabajo en el sector de la construcción (MINISTERIO DE VIVIENDA, 2010:15).

⁵⁷⁹ El MINISTERIO DE VIVIENDA sostiene en un reciente informe que “la sobreoferta acumulada de viviendas terminadas en los últimos tres años es resultado de la ordenación y transformación de suelos realizados hace más de un lustro” (2010:8).

cambio apreciable en el modo de ocupación del territorio y uso del suelo, que conduce de la ciudad compacta, plurifuncional y con densidad adecuada, cuyo valor superior es la cohesión social, a la ciudad dispersa, basada en espacios monofuncionales (con despunte ya de alguna tendencia a la segregación social), precisada de grandes infraestructuras de comunicación (especialmente para el transporte privado, es decir, el automóvil) y neutral, cuando menos, respecto de la cohesión social” (PAREJO A., 2007:267)⁵⁸⁰.

En el caso de Madrid se ha puesto de relieve que sus índices de segregación serían “muy elevados” en comparación a otras ciudades europeas, lo que plantea “...un cambio notable con las tendencias precedentes en las que se constataba... una disminución de la segregación social expresada por la distribución local de las categorías socioeconómicas y por la distribución de la renta” (LEAL, 2002:74). Según el mismo autor:

“...el principal cambio en la distribución de los grupos sociales en el espacio urbano proviene de la expansión de las áreas con un valor social más elevado, en las que se concentran los individuos situados en lo más alto de la escala social: empresarios,

⁵⁸⁰ Este autor también ha denunciado el “...debilitamiento sustancial de las bases o fundamentos axiológicos de la ordenación territorial y urbanística y de la capacidad del poder público gestor de los asuntos públicos para hacerlos efectivos...”, inducido por la prioridad que han ido conquistando los valores económicos, cuestión que se manifestaría “...muy espectacularmente en el abandono del modelo de ciudad tradicional o propio y el abrazo de un modo de ocupación del territorio y de configuración de la convivencia ciudadana completamente desconectado de cualquier cálculo de las posibilidades de utilización racional de los recursos naturales con los que contamos. Las soluciones del planeamiento van dejando de ser, cada vez en mayor medida, resultado de la ponderación, a la luz del orden constitucional, de las necesidades reales, públicas y privadas, de la vida económica, social y cultural para su satisfacción «armonizada» en un «orden» del territorio y la ciudad al servicio, simultáneamente, del progreso económico y social y el medio ambiente adecuado a la persona para la consecución de una calidad de vida digna para todos. Y van pasando a responder, cada vez más, a proyectos diversos, provenientes en gran parte de la iniciativa privada, orientados por la rentabilidad y centrados, consecuentemente, en usos identificados a partir de análisis de mercado, que buscan realizar no las necesidades de interés general, es decir, de la ciudadanía, sino las de concretos grupos de ciudadanos en su concreta condición de consumidores de determinados productos inmobiliarios. Contexto éste que no puede verse sino favorecido por la manifiesta y crónica insuficiencia de las Haciendas locales para situar a las correspondientes entidades en condiciones de cumplir su cometido constitucional de Administración común. Las consecuencias son ya visibles desde luego, como no podía ser de otra forma, en la organización del territorio y la ciudad y se traducen en el reflejo espacial de las disfunciones propias de la vida económico-social (segregación y discriminación espaciales —con privatización de vías y espacios públicos bajo pretexto de su conservación y de la seguridad en ellos: «dualización» de la ciudad—; desigualdad en el acceso a y el disfrute de bienes —especialmente la vivienda— y servicios básicos —educativos, culturales, de ocio, recreo y expansión; etc...—), a cuyo arreglo ha dejado de contribuir, como sin embargo debiera, la ordenación territorial y urbanística” (PAREJO A., 2005:482).

técnicos y profesionales. Esto aparece más claramente en las zonas de la periferia urbana, debido a que en ellas los cambios suelen ser más rápidos, pero también lo encontramos en algunas zonas centrales en las que el proceso de «gentrification» supone un aumento de su valor social propiciado por el asentamiento de hogares, generalmente de una dimensión pequeña, con un nivel socioeconómico y una renta elevada” (LEAL, 2002:66).

Esto es coincidente con otros estudios que revisan la expansión de las urbanizaciones de interés común en Madrid en el cuadrante N-NW de su área metropolitana, caracterizada por “su dispersión, el dominio de muy bajas densidades, una rígida segregación social y una fuerte fragmentación en piezas nítidamente individualizadas”, unidos a centros comerciales, clubes deportivos privados, parques de ocio, etc., proceso particularmente nítido en los municipios de Villanueva del Pardillo, Boadilla, Pozuelo, Las Rozas y Majadahonda, que han “...multiplicado por cuatro sus habitantes desde 1980 hasta alcanzar una cifra cercana a las 200.000 personas” (CANOSA Z., 2002:546-7). Con todo, la misma autora admite que en España este fenómeno está lejos de tener las dimensiones que ha alcanzando en Estados Unidos. De hecho, hay evidencia empírica que señala que tratándose de los inmigrantes el problema de la vivienda corresponde más a un problema de exclusión residencial que a uno de segregación residencial, pues más bien se estarían dispersando (MARTÍNEZ del O. & y LEAL M., 2008).

Conviene puntualizar que no se postula aquí la imposibilidad de urbanizar nuevas superficies, sino sólo la necesidad imperiosa de evaluar previa y cuidadosamente los efectos que con ello se provocarían en cada caso.

1.3.3. Otras políticas públicas

Finalmente, debemos consignar que no sólo las políticas de vivienda y de suelo inciden en la segregación socioespacial. También ésta se ve afectada por un sinnúmero de políticas sectoriales de gran relevancia para la cohesión socioespacial. Un buen ejemplo de ello es la política educacional (que ha sido revisada ya desde esta perspectiva por PONCE S., 2007). Lo primero que ésta debiera garantizar es la existencia de una oferta educativa pública de calidad distribuida territorialmente de una forma tal, que asegure a los habitantes de los distintos sectores residenciales de la ciudad acceder a ella en un tiempo razonable. Ello es particularmente importante para los sectores con menos recursos, pues éstos sólo pueden elegir la alternativa educativa que les provea la Administración. En consecuencia, la inversión en infraestructura educacional debe ir de la mano de la

inversión residencial, programándose la segunda de manera que pueda atender oportunamente a los nuevos residentes. Como se ha dicho:

“La decisión de dónde ubicar una nueva escuela o de dónde abrir nuevas líneas no puede ser exclusivamente una decisión determinada por el espacio disponible. Ésta es una cuestión fundamental que actualmente tropieza con visibles obstáculos como consecuencia de la falta de suelo en espacios adecuados o de la falta de presupuestos... es necesario que los criterios sociodemográficos pesen tanto o más que los criterios urbanísticos a la hora de planificar la ubicación de nuevos centros o la apertura de nuevas líneas” (SÍNDIC DE GREUGES, 2008:186).

Con todo, no basta esto. Un segundo aspecto que también resulta deseable es que los centros educativos tengan en sí mismos una cierta heterogeneidad, pues existe evidencia empírica que demuestra que “una elevada concentración de alumnos de nivel socioeconómico bajo puede incrementar las posibilidades de fracaso escolar” (PONCE S., 2007:37-43). Esto último depende en buena parte de la segregación socioespacial existente. Por ello el Síndic de Greuges (Defensor del Pueblo) de Cataluña ha señalado en su informe al parlamento de 2006 que:

“El problema de la segregación escolar sobrepasa las posibles acciones de la propia Administración educativa y tiene que ver también con los problemas de desarrollo urbanístico asociados al crecimiento de las ciudades, con la concentración social de población socialmente desfavorecida en determinadas zonas y con la creciente llegada de población inmigrante y su concentración en barrios específicos”⁵⁸¹ (SÍNDIC DE GREUGES, 2006:171).

Puestas así las cosas nos enfrentamos a un círculo vicioso. Una ciudad segregada dificulta la movilidad social de sus habitantes y la reproduce. La concentración territorial de la pobreza —en el caso español, asociada especialmente a la inmigración— implica menores perspectivas de salir de ella para quienes habitan esos sectores empobrecidos e, incluso, para sus descendientes. Lo anterior se ve agravado porque muchas veces los centros educativos de los sectores más pobres tienen una calidad inferior a la de los centros públicos de sectores medios, cuestión que incrementa la concentración de alumnos desfavorecidos debido a que las familias de los mejores estudiantes procurarán llevarlos a otros centros para “huir” de esta situación y buscar mejores perspectivas (PONCE S., 2007:47). Es sugestivo revisar que los datos de Cataluña y, especialmente, Barcelona, “demuestran que la segregación escolar es superior a la segregación urbana” (SÍNDIC, 2008:178). En efecto, si en Cataluña se comparan:

⁵⁸¹ En nuestra opinión los criterios urbanísticos deben considerar los aspectos sociodemográficos, por lo que la disociación planteada no debiera producirse. Lo contrario supone restringir el urbanismo al puro diseño urbano.

“...las trayectorias escolares de los diferentes grupos sociales, se pone de manifiesto que el alumnado con menor capital económico y cultural accede más tarde y abandona antes el sistema educativo que el de mayor capital. El hecho de que los grupos sociales mejor posicionados estén proporcionalmente más representados en la escolarización no obligatoria evidencia que el acceso a los recursos educativos conforma un eje fundamental para entender la desigualdad social del sistema” (SÍNDIC, 2008:107).

No pretendemos ahondar en este complejo tema. Sólo usarlo como ejemplo para afirmar que se repite, *mutatis mutandi*, en otros ámbitos. El emplazamiento equilibrado de la infraestructura y los equipamientos de salud, de seguridad o de transportes, unido a su oportuna ejecución y su adecuada calidad, son requisito *sine qua non* para evitar una dañina segregación social en la ciudad.

En consecuencia, aunque no profundicemos estos otros aspectos debe quedar claro que la segregación socioespacial no sólo depende de las técnicas propiamente urbanísticas.

2. INSTRUMENTOS PARA COMBATIR LA SEGREGACIÓN

En esta parte procuraremos sistematizar los remedios específicos que se han articulado para evitar la segregación socioespacial en las ciudades, en tanto ésta se constituye en un obstáculo para el desarrollo de las personas. A través de ellos se persigue moderar los precios libremente fijados en el mercado inmobiliario, obtener suelos para edificar viviendas sociales o protegidas —a un precio que permita responder a las demandas de la población que la banca considera no solvente— o limitar la segregación que deriva de las comunidades cerradas (urbanizaciones privadas o condominios). Veremos que para ello en muchos casos el legislador ha debido ponderar los derechos fundamentales que revisamos en el capítulo segundo para articularlos entre sí. Y es que:

“...el contenido de los derechos fundamentales, en principio, sólo puede limitarse en virtud de una ponderación con otros bienes, derechos o principios que cuenten con reconocimiento constitucional... Como consecuencia de esta ponderación podrá resultar el establecimiento por el legislador de límites a un derecho fundamental justificados por la necesidad de dar prevalencia, en determinadas circunstancias, al derecho, bien o principio constitucional que se encuentra en situación de tensión o contraposición con aquél” (RODRÍGUEZ DE S., 2000:60).

De esta manera veremos como el derecho de propiedad o la libertad de empresa deben coordinarse con el derecho a la vivienda o al medioambiente.

La doctrina ha señalado que el TRLS 2008 contempla tres instituciones básicas para articular una política de suelo que garantice la oferta de vivienda asequible:

“...la reserva del artículo 10 TRLdS08 (que establece un estándar objetivo de ordenación, con independencia de la titularidad pública o privada del suelo), la entrega del artículo 16 TRLdS08 (que asegura una oferta pública) y los patrimonios públicos del artículo 38 TRLdS08 (que garantiza el destino de esa oferta, evitando su desviación hacia otros fines)” (PAREJO A. y ROGER F., 2009:474-475).

En el apartado 2.1. revisaremos los patrimonios públicos del suelo y, en el 2.2, las reservas para vivienda protegida y la entrega de terrenos para el mismo fin.

2.1. La intervención en el mercado del suelo

El derecho urbanístico español ha reconocido tradicionalmente tres instrumentos de intervención pública en el mercado del suelo: los patrimonios públicos de suelo, el derecho de superficie y los derechos de tanteo y retracto. Así lo sistematiza todavía la mayoría de la legislación urbanística española⁵⁸². En este apartado veremos estas tres instituciones agrupadas bajo el título de patrimonios públicos del suelo, pues entendemos que los derechos de tanteo y retracto no son sino un instrumento para incrementar dichos patrimonios y el derecho de superficie, un medio para aprovechar el suelo incluido en ellos.

2.1.1. Los patrimonios públicos de suelo

a) Evolución en el Derecho urbanístico español

La disponibilidad de suelo público que permita moderar el funcionamiento del mercado es una primera vía para asegurar un emplazamiento adecuado de la vivienda social, en tanto dicho suelo sea suficiente para asegurar una oferta suficiente para esta finalidad y/o para influir en los precios del mercado.

En el caso español el suelo de titularidad pública sufrió una importante reducción durante el siglo XIX debido a las políticas desamortizadoras que promovieron su enajenación, particularmente la impulsada por la Ley de 1º de mayo de 1855 (“Ley Madoz”) que en su art. 26 no sólo pedía vender los bienes que se detentaban sino, además, vender los inmuebles que se adquiriesen en lo sucesivo (QUINTANA L.,

⁵⁸² Véase, p. ej., el Título III de la LOUAndalucía (arts. 69 a 84), el Capítulo III del TRLOTAU (arts. 76 a 88), el Título III de la LESOTEX (arts. 86 a 103), el Título V de la LuCyLeón (arts. 123 a 131) o el Capítulo V del Título IV de la LsMadrid (arts. 173 a 189). Algunas legislaciones incluyen acá las reservas de suelo, como el TRLUCataluña (Capítulo I de su del Título V, arts. 151 y 152) o la LSUPVasco (Capítulo II de su Título IV, arts. 123 y 124); otras, la edificación forzosa, como la LOTRUSCantabria (Título VI, arts. 246 a 252). Hay también leyes que aunque regulan estos instrumentos no los engloban en una categoría común, como la LuAragón (arts. 110 a 124).

2007:17 y BASSOLS C., 1973:65-69)⁵⁸³. En ese contexto la Administración no podía ser un actor en el mercado del suelo. Sin embargo, MENÉNDEZ R. ha puesto de relieve que ya el art. 70 de la Ley municipal de 1870 facultó a los municipios para aprovechar y conservar las “fincas”, en abierta contradicción con la Ley Madoz (2007:834), camino que siguió la legislación de casas baratas en 1911 y 1921 al facultar a los municipios para construir este tipo de viviendas y adquirir el suelo necesario para ello. Lo mismo puede decirse de los proyectos de Ley de Urbanización del Extrarradio de Madrid, pues tanto el de Jiménez Ruiz (1916) como el de García Prieto (1918) contemplaban la municipalización de aquél, y del proyecto de Ley sobre fomento de la edificación de 1923 que permitía a los Ayuntamientos de grandes poblaciones expropiar y urbanizar grandes áreas para construir “barriadas de casas populares”. No es extraño, entonces, que el art. 5º del Estatuto Municipal de 1924⁵⁸⁴ derogase “...las leyes desamortizadoras en cuanto se refieren a los bienes de los Municipios y de las entidades locales menores”, junto con reiterar la habilitación a los Ayuntamientos para adquirir terrenos para edificar “casas baratas”. También la Ley sobre ordenación de solares, de 15 de mayo de 1945⁵⁸⁵, permitía a los Ayuntamientos expropiar terrenos para ejecutar obras urbanas, pudiendo urbanizar y enajenar los retazos sobrantes⁵⁸⁶.

Como es bien sabido la LS 56 postuló en su exposición de motivos la propiedad pública del suelo necesario para la expansión urbana como un régimen ideal pero que debía dejarse de lado por su alto coste y por causar “graves quebrantos a la propiedad y a la iniciativa privadas”⁵⁸⁷. En vez de ella, planteó como “asequible a las Corporaciones locales adquirir paulatinamente terrenos que puedan servir como reguladores de precio en el mercado de solares”. Con este fin exigió que los

⁵⁸³ El art. 1º de esta Ley declaraba “en estado de venta... todos los prédios (sic) rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes... Al Estado,... A los propios y comunes de los pueblos”. El art. 2º exceptuaba, entre otros, a “1º Los edificios y fincas destinados ó (sic) que el gobierno destinare al servicio público... 6º Los montes y bosques cuya venta no crea oportuna el Gobierno... 9º Los terrenos que son hoy de aprovechamiento común, previa (sic) declaración de serlo hecha por el Gobierno oyendo al Ayuntamiento y Diputación Provincial respectivos... 10º Y, por último, cualquier edificio ó (sic) finca cuya venta no crea oportuna el Gobierno por razones graves”. Sobre esta Ley y la obra de Pascual Madoz puede verse MORALES, GARCÍA-BELLIDO & ASÍS, 2005.

⁵⁸⁴ Gaceta de Madrid núm. 69, de 09.03.1924.

⁵⁸⁵ BOE núm. 137, de 17.05.1945.

⁵⁸⁶ Sobre este periodo seguimos a BASSOLS C. (1973:437-444), FONSECA F. (1995:45-70) y MENÉNDEZ R. (2007:834-836).

⁵⁸⁷ “Si ideal en la empresa urbanística pudiera ser que todo el suelo necesario para la expansión de las poblaciones fuera de propiedad pública, mediante justa adquisición, para ofrecerle, una vez urbanizado, a quienes desearan edificar, la solución, sin embargo, no es viable en España. Requeriría fondos extraordinariamente cuantiosos, que no pueden ser desviados de otros objetivos nacionales, y causaría graves quebrantos a la propiedad y a la iniciativa privadas”.

Ayuntamientos de capitales de provincia o una población superior a cincuenta mil habitantes constituyeran “patrimonios municipales del suelo” que prevendrían, encauzarían y desarrollarían “técnica y económicamente” la expansión de las poblaciones (arts. 72-76), siguiendo con ello el art. 13 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955⁵⁸⁸. También dispuso reservar el 5% del presupuesto anual municipal para financiar la formación de estos patrimonios (art. 178.1), junto con comprometer recursos del Estado para el mismo fin (art. 177.1).

Los terrenos que integraban este patrimonio podían enajenarse a favor de terceros —su objeto lo exigía— pero para evitar la merma de estos patrimonios los ingresos obtenidos debían destinarse “a la conservación y ampliación del mismo” (art. 76), en una suerte de subrogación real.

Es bien sabido que las esperanzas puestas en este instrumento no se cumplieron en lo absoluto, en buena parte porque ninguno de esos deberes tenía una sanción asociada⁵⁸⁹. La exposición de motivos de la Ley 19/1975, de 2 de mayo⁵⁹⁰, que reformó la LS 56 y habilitó la dictación del TRLS 76, nos dice que aquélla había basado “...su política antiespeculativa fundamentalmente en la capacidad de los patrimonios públicos de suelo para ser utilizados como reguladores del mercado y en la normativa sobre edificación forzosa...”, resultando evidente la “...insuficiencia de estos instrumentos, tal como han sido concebidos” (II). La gran reforma introducida entonces fue la “dotación en especie de los patrimonios públicos del suelo”, a través de la exigencia a los propietarios de suelo urbanizable programado de la cesión del suelo edificable correspondiente al 10% del aprovechamiento medio del sector en que se encontraba la finca (y también la del exceso a que se refiere el art. 46.3.b del RGU). La Ley exigía dedicar estos terrenos “preferentemente” a los fines previstos en el Plan de Ordenación o a la construcción de viviendas de carácter social (arts. 84.3, 165 y 166 TRLS 76)⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ El art. 13 de este Reglamento, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955 (BOE núm. 195, de 14.07.1955), fijaba idénticas finalidades: “prevenir, encauzar y desarrollar la expansión urbana...” y “facilitar los planes de ordenación urbana”.

⁵⁸⁹ En 1981 GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO A. calificaban estas previsiones de notoriamente ingenuas, pues era fácil observar que “...los patrimonios municipales del suelo se han constituido normalmente todo lo más como una simple rúbrica formal bajo la que se agrupan los terrenos de que los municipios son titulares por unos u otros conceptos, sin que haya existido propiamente una política coherente y continuada de adquisición de suelo con la vista puesta en las finalidades legales de los patrimonios de suelo; más aún, se pueden contar con los dedos de una mano los municipios que han cumplimentado el mandato legal de afectación a dichas finalidades del 5 por 100 de su presupuesto ordinario” (GARCÍA DE ENTERRÍA & PAREJO A., 1981:125).

⁵⁹⁰ BOE núm. 107, de 05.05.1975.

⁵⁹¹ Existen otros cambios de menor calado que pueden consultarse en QUINTANA L., 2007:26-28.

Lo anterior permitió resolver la insuficiencia de los patrimonios pero no garantizó que fueran empleados en las finalidades perseguidas, lo que por lo demás suponía generar una oferta de suelo de un volumen suficiente para influir en la oferta general, cosa que nunca ocurrió. Así las cosas, las cesiones se transformaron en un atractivo medio de financiación adicional para las corporaciones locales (BAÑO L., 2009:474; QUINTANA L., 2007:29; FERNÁNDEZ R., 2007:23-4 y 149-150).

A su turno, la reforma de la LRRUVS 90, que desembocó en el TRLS 92, vuelve a consignar en su exposición de motivos una mirada crítica sobre los patrimonios municipales de suelo⁵⁹² que justificarán una serie de reformas —a título de legislación en parte supletoria, en parte básica— entre las que destacan (BAÑO L., 2009:474-475; QUINTANA L., 2007:30-34):

- Exigir su constitución a los Ayuntamientos que dispusieran de Planeamiento General (art. 276.1 TRLS 92);
- Reconocer explícitamente su condición de “patrimonio separado de los restantes bienes municipales” (art. 276.2 TRLS 92);
- Incorporar el ejercicio del derecho de tanteo y retracto como una nueva herramienta para acrecentarlos (arts. 277 y 291 a 298 TRLS 92);
- Incluir en ellos los terrenos clasificados como suelo urbanizable no programado o no urbanizable adquiridos, incluso por expropiación, para su constitución o ampliación, y establecer reservas para dicho fin en el instrumento de planeamiento respectivo (arts. 277.2 y 278 TRLS 92)
- Señalar que su destino era “la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, de acuerdo con el Planeamiento urbanístico” (art. 280.1 TRLS 92).

Conforme hemos comentado ya la STC 61/1997, de 20 de marzo⁵⁹³, eliminó todos los preceptos dictados con carácter supletorio. Respecto de los declarados “básicos” admitió en su FJ 36 que, basándose en el título del art. 149.1.13. CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), una Ley estatal

⁵⁹² Alude a la “...rigidez, cuando no ausencia...”, de los instrumentos para incrementarlos “...en medida suficiente para incidir en la regulación del mercado inmobiliario o para adscribir superficies de suelo urbanizable a la construcción de viviendas de protección oficial” (I). Para incrementarlos anuncia el establecimiento de los derechos de tanteo y retracto y de la “...expropiación de suelo no urbanizable para su incorporación a aquéllos, siempre que naturalmente, esa clasificación no esté basada en razones de especial protección que aconsejen preservar sus características naturales”. También señala que los terrenos que los integren quedarán “vinculados primordialmente a la construcción de viviendas de protección oficial u otras finalidades de interés social, pues no sería justo ni coherente con el contenido del artículo 47 de la Constitución, que las Entidades locales utilizasen los terrenos de su propiedad con miras puramente lucrativas, contribuyendo a incrementar las tensiones especulativas en vez de atenuarlas” (VII).

⁵⁹³ *Supra* Capítulo 2, apartado 2.2.4.c).

tuviera la competencia para “la mera determinación de la existencia” del patrimonio municipal del suelo, así como para destinarlo a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social. En cambio, dicho título no permitía regular en una Ley estatal qué bienes debían integrar estos patrimonios, como tampoco su régimen de enajenación y el de las reservas de terrenos, pues todo ello caía bajo la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas, conforme al art. 148.1.3 CE (FJ 37). Asimismo, declaró que el Estado carecía de competencia para regular los derechos de tanteo y retracto. En definitiva, de las disposiciones referentes a los patrimonios municipales sólo sobrevivieron los arts. 276 (Constitución, Patrimonio separado) y 280.1 (Destino) del TRLS 92, que la LRSV mantuvo subsistentes.

Ante este escenario, y como también hemos visto, la regulación detallada de estas materias correspondía al TRLS 76 con carácter supletorio, esto es, en tanto los respectivos legisladores autonómicos no asumieran su competencia. Esto último ocurrió con rapidez y, a la fecha, todas las Comunidades Autónomas tienen una regulación específica propia para esta institución, según dan cuenta las siguientes disposiciones:

Artículos 69 a 76 de la LOUAndalucía; arts. 110 a 120 de la LuAragón; arts. 215 a 218 del TRLOTUAsturias; arts. 74 a 77 del TRLOTENCanarias; arts. 229 a 238 de la LOTRUSCantabria; arts. 76 a 79 del TRLOTAU; arts. 123 a 128 de la LuCyLeón; arts. 153 a 162 del TRLUCataluña, arts. 174 a 177 de la LOUPMRGalicia; arts. 86 a 94 de la LESOTEX; arts. 177 a 181 de la LOTURioja; arts. 173 a 178 de la LsMadrid; arts. 196 a 200 del TRLSMurcia; arts. 223 a 235 de la LOTUNavarra; arts. 111 a 122 de la LSUPVasco; y, por último, arts. 258 a 266 de la LuValencia. En Islas Baleares la regulación se encuentra en el art. 37 de la Ley 8/2004, de 23 de diciembre, y en el art. 39 de la Ley 6/1997, de 8 de julio.

No es del caso hacer una revisión detallada de cada una de estas regulaciones (puede verse un panorama en DÍAZ G., 2006:109-152). Todas ellas siguen de cerca la fisonomía que se contenía en el TRLS 92, admitiendo las reservas de suelo y, en general, ampliando los destinos en que estos terrenos pueden ser empleados.

La regulación de los patrimonios se cierra con el Título V del TRLS 2008 (*“Función social de la propiedad y gestión del suelo”*), cuyo Capítulo II se denomina “Patrimonios públicos de suelo”, lo que implica que abarca tanto los municipales como los demás que fije la legislación autonómica⁵⁹⁴ (cuestión que para MENÉNDEZ R., 2007:830, ha hecho perder “densidad” a esta regulación en tanto la competencia del Estado en este segundo ámbito es más reducida que en el primero). Este capítulo está compuesto por los dos artículos que la LS 2007 destinó a esta institución —

⁵⁹⁴ P. ej., el Banco Foral de Suelo Público contemplado en los arts. 230 a 235 de la LOTUNavarra.

siguiendo la forma de los arts. 276 y 280.1 del TRLS 92, pero introduciendo modificaciones que justifican su inclusión en dicha Ley— y que han pasado a ser los arts. 38 y 39 del TRLS 2008.

El art. 38 señala que la finalidad de los patrimonios públicos —no sólo municipales— de suelo es “regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística”, y establece que se integrará con los bienes, recursos y derechos que adquiera la Administración en virtud de las cesiones de “...suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya...”, según establezca la legislación autonómica. Reitera, además, la noción de patrimonio separado y la de subrogación entre los terrenos enajenados y el dinero recibido por ellos. MENÉNDEZ R. apunta que esta redacción supone la existencia obligatoria de estos patrimonios en todo municipio que reciba cesiones de suelo en virtud del art. 16.1.b) del TRLS 2008⁵⁹⁵ (en igual sentido DE ASÍS R., 2007:373).

El art. 39.1 regula el destino de los bienes y recursos que integran estos patrimonios: la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública u otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, “sólo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural”. Los apartados 2, 3 y 4 del art. 39 procuran garantizar el cumplimiento de esta destinación, como veremos más adelante.

QUINTANA L. (2007:44-48) ha estimado que ambos preceptos (el art. 38 y el art. 39) se ajustan a la doctrina de la STC 61/1997, de 20 de marzo, salvo en la parte del art. 38.1 que adscribe necesariamente a estos patrimonios “...los bienes, recursos y derechos que adquiera la Administración en virtud del deber a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16...”. Para ello se basa en que el FJ 36 de dicha sentencia estableció expresamente, como vimos, que concretar los bienes que integran estos patrimonios no respondía “de forma inmediata y directa a la planificación general de la actividad económica” sino que constituía “...una regulación detallada que ha de quedar a la libre configuración de las Comunidades Autónomas...”. Por el contrario, PAREJO A. defiende convincentemente la licitud

⁵⁹⁵ Esto implica una disconformidad con las legislaciones autonómicas que restringen su existencia a sólo ciertos municipios, como el art. 110.1 de la LuAragón que sólo exige que constituyan estos patrimonios “...los municipios que dispongan de plan general de ordenación urbana”, fórmula que excluye a los sujetos al régimen urbanístico simplificado sin plan general (art. 285). Con todo, se trata de una dificultad de la Ley autonómica y no de la Ley estatal (MENÉNDEZ R., 2007:839-840).

del precepto fundándose en la relación lógica que debe darse a las cesiones de aprovechamiento que exige la Ley, pues su entrega en suelo libre de cargas de urbanización —una prestación en especie y no un tributo en metálico— “...sólo tiene sentido si esa masa patrimonial se destina a fines propios de la política de suelo y vivienda de la Administración, no a su financiación”. En otras palabras, rechazar la necesidad de esta vinculación sería privar de sentido a dichas cesiones. Añade este autor que “...si el Estado no tiene capacidad para establecer una determinación básica o de mínimos sobre la composición de estos patrimonios, entonces carece de todo sentido que pueda determinar de forma básica su destino —¿el destino de qué?—, como también estableció la STC 61/1997” (PAREJO A. y ROGER F., 2009:474). Tampoco comparte este reproche competencial MENÉNDEZ R., afirmando que:

“...este precepto no incluye una relación detallada y exhaustiva de los bienes integrantes de los PPS, sino que remite su concreción a la legislación de ordenación territorial y urbanística. Se limita a incluir en dichos patrimonios los productos de un deber básico, cuya regulación es competencia del legislador estatal, quien, para garantizar el cumplimiento de los fines que justifican la existencia de este deber, puede imponer su vinculación a los PPS, como hace, en efecto, en el art. 16.1b): “Entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo...” (MENÉNDEZ R., 2007:840).

b) El destino de los terrenos adscritos a este patrimonio como expresión de la función social de la propiedad: progresiva ampliación y flexibilización

¿En qué se pueden emplear los terrenos que integran el patrimonio municipal? Ya señalamos que su objeto específico se encuentra en el art. 39.1: construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública u otros usos de interés social⁵⁹⁶, dos fines que —como dice el epígrafe del Título V del TRLS 2008— son una concreción de la función social de la propiedad⁵⁹⁷. Aunque del texto pareciera desprenderse una preferencia por el primero (“deberán” v/s “podrán”) lo que ocurre, más bien, es que el legislador estatal estableció por defecto el uso ligado a la

⁵⁹⁶ Art. 39.1 TRLS 2008: “Los bienes y recursos que integran necesariamente los patrimonios públicos de suelo en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior, deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Podrán ser destinados también a otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, sólo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural”.

⁵⁹⁷ Sobre esto puede consultarse DE ASÍS R., 2007:362-363.

vivienda como norma básica —consecuencia de reconocer el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, art. 2, final, TRLS 2008— y, al mismo tiempo, admitió que el legislador autonómico pudiera señalar otros “usos de interés social” a que destinar estos terrenos —en igualdad de condiciones con la vivienda⁵⁹⁸—, con tal que se cumplieran dos requisitos:

- Que lo dispusieran los respectivos instrumentos de ordenación urbanística y
- Que lo previera la legislación autonómica especificando los fines admisibles, que deben ser —en lo que constituye otra norma básica— “urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural”.

Adicionalmente, el art. 38.2 replicó la regla de subrogación real de los ingresos obtenidos mediante la enajenación de estos terrenos o la sustitución por dinero a que se refiere el art. 16.1.b), de manera que éstos sigan afectados “a la conservación, administración y ampliación del mismo, siempre que sólo se financien gastos de capital y no se infrinja la legislación que les sea aplicable, o a los usos propios de su destino”.

Estas precisiones han venido a alterar el estado de cosas previo. En efecto, ni la LS 56 ni el TRLS 76 precisaron estos destinos —sólo las finalidades genéricas—, lo que permitió que estos bienes se enajenaran y el precio obtenido se utilizara para financiar otras actividades municipales. De allí que la LRRUVS 90 y, luego, el art. 280.1 del TRLS 92, exigieran emplear dichos recursos en “...la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, de acuerdo con el Planeamiento urbanístico”. La regla de la subrogación real, en tanto, venía del art. 76 de la LS 56 (repetido luego en el art. 93 del TRLS 76 y el art. 276.2 del TRLS 92).

La fórmula del “interés social” fue, sin embargo, excesivamente vaporosa. Podía interpretarse con mucha amplitud —y la financiación de toda iniciativa municipal cabía allí— o muy restrictivamente —y entonces sólo podía invertirse en viviendas de protección o nuevos terrenos para el patrimonio municipal de suelo—. La paradigmática STS de 31 octubre 2001 (RJ 2001\8391) interpretó así esta expresión:

“...interés social no es equivalente a mero interés urbanístico, sino que es un concepto más restringido. El artículo 1.1 de la CE, que define nuestro Estado como un Estado social, en relación con el artículo 9.2 de la misma, puede darnos por analogía una idea de lo que sea el concepto más modesto de uso de interés social: aquél que tiende a que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas o a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud o

⁵⁹⁸ En estos casos el planeamiento podrá prever estos otros usos “justificadamente, pero no con carácter excepcional sino normal” (MENÉNDEZ R., 2007:848).

a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (FJ 6, citado por la STS de 11 de mayo 2009, RJ 2009\4358).

Esta doctrina se ha calificado de “bastante difusa” (MENÉNDEZ R., 2007:849) y con razón, pues aunque parece indicarnos que va a restringir interés social a algo menos que “mero interés urbanístico” (lo que de por sí parece problemático, pues difícilmente la primera frase abarca menos que la segunda), contiene una formulación tan amplia que es incapaz, por lo mismo, de suministrar pautas operativas para delimitar el concepto. No obstante, el criterio predominante del TS ha sido restrictivo cuando ha debido resolver si la inversión de recursos obtenidos por la enajenación de terrenos del patrimonio municipal constituía un uso de interés social. Por ejemplo, descartó que lo fuera en los siguientes casos:

- “...hacer frente a gastos derivados de la atención al servicio municipal de basuras” (STS de 11 de mayo 2009, RJ 2009\4358)
- “...mejoras del alumbrado o de viales...” (STC de 3 julio 2008, RJ 2008\3342);
- «...”y entre otras inversiones”, ...la compra de 6 hanegadas de terreno para la construcción del auditorio y piscina, una solar para el consultorio; construcción de un consultorio médico, solar incluido; terminación caso Museo y otros»; en este caso hay un matiz importante: «...**podemos aceptar que el auditorio, la piscina, el consultorio médico, el museo, sean fines de interés social, en el sentido en que ha sido caracterizado por nuestra sentencia de 31 de octubre de 2001**, pero desconocemos cuáles son esas "otras inversiones" y "otros" que aparecen en la explicación e ignoramos también cuál es la proporción entre los fines conocidos y los ignorados. / Así que no puede concluirse que se hayan cumplido las finalidades exigidas en el citado artículo 280.1» (negritas nuestras, STS de 11 de junio 2008, RJ 2008\6371)
- “...unas finalidades variadas, que van desde el pago de una deuda antigua hasta la adquisición de unas plantas cuyo uso no consta, pasando por un diseño estrictamente urbanístico sin más, finalidades todas ellas lícitas y plausibles pero que exceden de las específicas que el artículo 280.1 del TRLS 92 impone” (STS de 31 octubre 2001, RJ 2001\8391).
- “...la pretensión municipal de que la compra de un edificio para el Servicio Municipal de Hacienda [se financie] con lo obtenido de la venta de las parcelas del patrimonio municipal del suelo (...) Si la normativa urbanística establece un fin último como es el destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social de acuerdo con el planteamiento urbanístico a él debemos atenernos sin que quepa interpretaciones flexibles en una disposición tan clara como la aquí concernida. Destino que no se aprecia en la obtención de efectivo para la construcción de un edificio destinado al Servicio Municipal de Hacienda ni tampoco en la adquisición del recinto del cuartel de Benalúa para su desarrollo urbanístico” (STS de 7 de noviembre de 2005, RJ 2006\2034);

- "...Construcción de centro sociocultural y deportivo... Nuevas Urbanizaciones... Construcción del edificio de Archivo Municipal... Adquisición de locales para centros de tercera edad... Adquisición de autobuses... Expropiaciones y cuotas de urbanización en nuevos polígonos... Centros sociales... Inversiones en centros de enseñanza..." STS de 2 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8060).

En síntesis, la doctrina del TS implica que no basta que exista una finalidad urbanística y de interés general. Como dice la STS de 11 de mayo 2009 (RJ 2009\4358), conforme al art. 276.2 del TRLS 92 "...los ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos (...) se destinarán a la conservación y ampliación del mismo..." (FJ 5) y no pueden convertirse "...en fuente de financiación de cualesquiera necesidades municipales..." (FJ 6, con cita a la STS de 7 de noviembre de 2005, RJ 2006\ 2034). La ya citada STS de 2 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8060) recalcó que el legislador "...ha querido y quiere expresamente, con una claridad elogiabile, que el producto de las enajenaciones de terrenos del Patrimonio se destinen no a cualquier fin, por loable y razonable que sea, sino al específico de la conservación y ampliación del propio Patrimonio Municipal del Suelo", y añade:

"...ante tanta claridad, sólo una expresa previsión legislativa en contrario puede hacer que los mismos, abandonando su origen, su caracterización y su finalidad pasen a convertirse en fuente de financiación de otras y muy distintas necesidades presupuestarias municipales. Esto, desde luego, puede hacerlo el legislador, (asumiendo el posible riesgo de desaparición de los Patrimonios Municipales del Suelo)" (FJ 5, recogido por las SsTS de 2 de noviembre de 1995, RJ 1995\8060, y 31 octubre 2001, RJ 2001\8391).

Estas sentencias siguen a GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO A., quienes a la luz del TRLS 76 señalaron que la gestión de los bienes integrantes de estos patrimonios debía efectuarse sin mermarlos, aplicando la subrogación real en caso de enajenación y respetando su carácter de patrimonio separado del resto de los bienes del Ayuntamiento. Así, "...las dotaciones económicas que se pongan a disposición del Patrimonio Municipal del Suelo constituyen un fondo rotatorio de realimentación continua, por aplicaciones sucesivas al mismo fin, de dicho patrimonio, lo que constituye una técnica visible de potenciación financiera" (GARCÍA DE ENTERRÍA & PAREJO A., 1981:139). Esta frase ha sido reiteradamente citada por el TS⁵⁹⁹.

⁵⁹⁹ En el último tiempo véanse, por ejemplo, las SsTS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 11 de junio 2008, FJ 4º, RJ 2008\6371; la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 3 julio 2008, FJ 5º, RJ 2008\3342; y la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 11 de mayo 2009, FJ 6º, RJ 2009\4358. Al parecer, la primera sentencia en citar esta expresión fue la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 2 de noviembre de 1995, FJ 8º, RJ 1995\8060.

Se trata de una interpretación estricta pero excesiva. Por un lado, porque la finalidad de los patrimonios puede suponer enajenaciones que reduzcan su valor (así, BAÑO L., 2009:476 y 479-480), por ejemplo, por aplicación del art. 39.2 del TRLS 2008 o de las normas autonómicas que siguen los arts. 166 y 167 del TRLS 76 y el art. 286 del TRLS 92 —que permitían ceder terrenos del patrimonio municipal del suelo por un coste inferior al del mercado e, incluso, gratuitamente—⁶⁰⁰. Es más, si en base a esas normas —y las autonómicas dictadas tras la STC 61/1997— los Ayuntamientos están habilitados para ceder terrenos del patrimonio gratuitamente o por un precio inferior a su coste para utilizarlos en un fin de interés social:

“...es claro que los municipios podrán también utilizar esos bienes con idénticos fines, aunque no salgan de la esfera patrimonial de la entidad local. Sería un contrasentido que se permitiera a las entidades locales ceder a una entidad pública gratuitamente un bien, perdiéndose así para el Patrimonio Municipal del Suelo, y, sin embargo, no se permitiera que el municipio destine ese bien a la misma finalidad” (BAÑO L., 2009:478).

Por otro lado, si bien parece razonable proscribir la financiación de gastos que nada tienen que ver con el urbanismo o se apartan del interés general con cargo a estas enajenaciones no ocurre lo mismo con las inversiones urbanas dirigidas a facilitar el acceso a la vivienda o a mejorar la calidad de vida en zonas infradotadas, objetivos con un claro interés social. No se ve por qué la STS de 11 de junio 2008 (RJ 2008\6371) lo acepte tratándose de un auditorio, una piscina, un consultorio médico y un museo, mientras la STS de 2 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8060) lo desconozca en un centro sociocultural y deportivo, en centros de tercera edad y en centros sociales. MENÉNDEZ R. ha señalado, en una línea semejante, que es «...innegable el interés “social” de espacios, instalaciones y equipamientos festinados al uso o servicio público» (2007:852; más en *Íbid.*, 1993:216; en el mismo sentido BAÑO L., 2009:475). Huelga decir, en todo caso, que la redacción de los preceptos citados del TRLS 92 también tiene una cuota de responsabilidad en estas ambigüedades.

Todo lo anterior explica que el art. 39.1 del TRLS 2008 exija a los legisladores autonómicos especificar los fines admisibles que caben en el concepto de interés social —limitándolos, eso sí, a fines “urbanísticos o de protección o mejora de

⁶⁰⁰ Estos disponían que en casos justificados los Ayuntamientos podían ceder terrenos gratuitamente o por un precio inferior al de su valor urbanístico para ser destinados a viviendas de protección pública o para destinarlos a usos de interés social que redundasen en beneficio manifiesto de los respectivos municipios (esto último sólo en favor de Entidades o Instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro). Esta disposición fue anulada por la STC 61/1997, de 20 de marzo, por vulnerar las competencias autonómicas, y luego ha sido recogida por las legislaciones autonómicas (p. ej., art. 118 de la LuAragón o art. 218.1, apartados b) y c), del TRLotuAsturias).

espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural” — y que aquéllos hayan empezado a asumir esta tarea detallando y ampliando los fines posibles a que pueden destinarse estos bienes, de manera de evitar las incertidumbres del pasado. Puede verse, a modo de ejemplo, el art. 111.3 de la LuAragón⁶⁰¹ y el art. 79, apartados 1 y 2, del TRLOTAU⁶⁰², ambos ya adaptados al

⁶⁰¹ El art. 111.3 de la LuAragón establece que *“Los ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos y sustitución del aprovechamiento correspondiente a la Administración por su equivalente en metálico se destinarán a la conservación y ampliación del patrimonio público del suelo, siempre que sólo se financien gastos de capital y no se infrinja la legislación que les sea aplicable o, mediante acuerdo específico del órgano competente, a los usos propios de su destino, entre los que se incluyen en todo caso los siguientes:*

- a) Las obras de urbanización.*
- b) La obtención y ejecución de dotaciones locales en suelo urbano consolidado o de sistemas generales.*
- c) La construcción de equipamientos públicos u otras instalaciones de uso público autonómico o municipal, siempre que sean promovidas por las Administraciones públicas o sus entidades instrumentales.*
- d) Las actuaciones de iniciativa pública de rehabilitación de vivienda y de renovación urbana.*
- e) Los gastos de realojo y retorno.*
- f) La compra y, en su caso, rehabilitación de edificios para vivienda protegida o equipamientos públicos”.*

⁶⁰² Los apartados 1 y 2 del art. 79.3 del TRLOTAU establecen que:

“1. Los bienes de los patrimonios públicos de suelo, deberán ser destinados a:

- a) Construcción o rehabilitación de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, siempre que dicho fin sea compatible con las determinaciones del planeamiento urbanístico.*
- b) Usos de conservación y mejora del medio ambiente, incluyéndose tanto el medio natural como el urbano, así como la protección del patrimonio arquitectónico, cultural y del paisaje rústico y urbano.*
- c) La gestión pública del suelo incluyendo la adquisición, posesión, reivindicación, administración, gravamen y enajenación de toda clase de bienes, así como la asunción de facultades fiduciarias de disposición.*

2. Además podrán destinarse a los siguientes usos de interés social:

- a) Creación y promoción de suelo para el ejercicio de nuevas actividades empresariales o ampliación de las existentes, que en ambos casos generen empleo y sean compatibles con el desarrollo sostenible.*
- b) Obras de urbanización y ejecución de sistemas generales.*
- c) Construcción de equipamientos colectivos y otras instalaciones de uso público municipal, siempre que sean promovidos por las Administraciones Públicas o sus sociedades instrumentales.*
- d) Operaciones de iniciativa pública de rehabilitación de viviendas o de renovación urbana.*
- e) Rehabilitación del Patrimonio Histórico Cultural.*
- f) Mejora del medio urbano o rural, de los barrios y pedanías.*
- g) Mejora de la configuración de parques y jardines.*
- h) Operaciones de conservación, protección o recuperación del medio físico natural en zonas declaradas de especial protección.*
- i) Planificación territorial y gestión del Patrimonio Municipal del Suelo, así como todo aquello que afecte a la catalogación, programación y actuación permanente del inventario de dicho patrimonio.*
- j) Conservación, mejora y ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo”.*

TRLS 2008. En forma previa a la LS 2007 ya se habían ampliado los destinos en el art. 75 de la LOUAndalucía, el art. 217 c) del TRLOTUAsturias, el art. 76 TRLOTENCanarias, el art. 233.1. b), c) y d) de la LOTRUSCantabria, art. 125.1. c), d) y e) de la LuCyLeón, art. 56.5.c) del TRLUCataluña y art. 177.1.b), c), d) y e) de la LOUPMRGalicia, entre otras. BAÑO L. ha señalado una perspectiva sugestiva: esta ampliación de las finalidades sería congruente con que el grueso de este patrimonio provenga de las cesiones del art. 16.1.b) del TRLS 2008, esto es, de “una parte de la edificabilidad que el planeamiento crea”, pues en este escenario “...no hay razón institucional alguna para proscribir que los municipios puedan utilizar este patrimonio con vistas a la financiación de diversas necesidades públicas” (2009:486)⁶⁰³.

Cabe señalar que MENÉNDEZ R. entiende que como la destinación del art. 39.1 que hemos examinado se aplica —conforme el texto literal de esta norma y del art. 38.1— a los “bienes y recursos que integran *necesariamente* los patrimonios públicos de suelo” (cursivas nuestras) sólo quedarían afectados a ella los que adquiriera la Administración en virtud del deber a que se refiere el art. 16.1.b), vale decir, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente a la cesión del aprovechamiento que corresponda o el equivalente en metálico cuando así lo permita la legislación sobre ordenación territorial y urbanística⁶⁰⁴, pues serían los únicos que la ley estatal adscribiría en forma *necesaria* a dichos patrimonios. Los demás bienes que el legislador autonómico integre en los patrimonios no lo serían “necesariamente”, sino en virtud de una opción voluntaria de aquél. Si esto es correcto —porque también puede afirmarse que los segundos se integran “necesariamente” en tanto al ordenarlo una ley, siendo irrelevante su naturaleza autonómica y no estatal—, añade:

“...se habrá producido en la legislación estatal una notable flexibilización del destino de estos patrimonios o, para decirlo con mayor precisión, se habrá entregado al legislador autonómico la concreción de ese destino, pues el legislador estatal sólo lo impone para los bienes y recursos procedentes de un deber básico de la promoción inmobiliaria, que le corresponde regular al propio legislador estatal. La nueva ley ha considerado que, como no le corresponde especificar el resto de los

⁶⁰³ Agrega: «Hay, a nuestro juicio, una cierta contradicción entre las limitaciones que con tanto ahínco parece defender el legislador para el patrimonio municipal del suelo y la regla general, una y otra vez recogida en las leyes urbanísticas, relativa al origen público de la edificabilidad y a la paralela inexistencia de un derecho a la edificación ínsito al derecho de la propiedad. Sólo la inconsciente creencia de que el aprovechamiento urbanístico corresponde “naturalmente” al propietario del suelo puede justificar que las “cesiones” de edificabilidad que recibe la Administración se vinculen con concretos fines públicos, rompiendo aparentemente... el principio de unidad de caja» (BAÑO L., 2009:486).

⁶⁰⁴ P. ej., arts. 68 y 68 TRLOTAU.

bienes integrantes de los PPS, tampoco puede acotar su destino” (MENÉNDEZ R., 2007:858).

Por último, conviene consignar que la tendencia proclive a proteger estrictamente los patrimonios de suelo ha llevado a que la jurisprudencia empiece a exigir el cumplimiento del deber municipal de destinar el 5% del presupuesto anual a su constitución o ampliación, entendiendo que el art. 194.1 del TRLS 76 estaría vigente a título supletorio (p. ej., STS de 7 de noviembre de 2002, RJ 2002\10310, que sanciona esta infracción con la nulidad del presupuesto). No obstante, parece más adecuado entender que si los legisladores autonómicos no han formulado esta exigencia debe entenderse que la han rechazado y no cabe, entonces, la supletoriedad del TRLS 76 (como ha planteado MENÉNDEZ R., 2007:843).

c) Los derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto): un medio privilegiado para incrementar los patrimonios públicos de suelo

La doctrina civilista reconoce que por vía contractual o legal puede concederse a ciertas personas “...la facultad de adquirir la cosa que se pretende enajenar en lugar del que está dispuesto a hacerlo y por el mismo precio y condiciones que ofrece (tanteo), o bien cuando la cosa se ha enajenado ya pretender del adquirente que se la transmita por aquel mismo precio y condiciones (retracto)” (DÍEZ-PICAZO P. y GULLÓN, 1995:47)⁶⁰⁵. El tanteo es, pues, una limitación del *ius disponendi*; el retracto, una opción para subrogarse en el comprador del bien, de manera que no resuelve el contrato celebrado. Uno y otro pueden ir juntos o separados. El Cc trató el retracto legal en los arts. 1521 a 1525, ubicados dentro de la regulación del contrato de compraventa —pudiendo ejercerlo los comuneros y los colindantes—, y en sus arts. 1.067 —retracto de los coherederos— y 1.636 a 1.640 —tanteo y retracto en la enfiteusis— (DÍEZ-PICAZO P. y GULLÓN, 1995:401). En materia urbanística estos derechos son introducidos por la Ley Foral de Navarra 7/1989, de 8 de junio⁶⁰⁶, tanto en lo relativo al suelo como a las transmisiones de viviendas de protección oficial. Posteriormente, y como ya señalamos, la LRRUVS 90 los contempló en sus arts. 90 a 97 declarándolos como de aplicación supletoria, esto es, en defecto de regulación autonómica específica —tema discutible dada su

⁶⁰⁵ Se ha planteado que éstos serían derechos de carácter real (p. ej., QUINTANA L., 2007:130, o la STC 170/1989, de 19 de octubre), pues podrían oponerse a terceros que adquieran o deseen adquirir la cosa, de manera que la relación dependería del objeto y no del sujeto. DÍEZ-PICAZO P. y GULLÓN estiman que “...los potenciales efectos *erga omnes* no desnaturalizan la esencia de esos derechos, ni pueden solapar la ausencia de los caracteres tradicionales del derecho real” (1995:47), especialmente la existencia de un poder directo e inmediato sobre la cosa.

⁶⁰⁶ BOE núm. N°241, de 07.10.1989.

naturaleza civil, pero que seguía la inmediatamente anterior STC 170/1989, de 19 de octubre⁶⁰⁷—, y de allí pasaron a los arts. 277 y 291-298 del TRLS 92. Ya vimos que todo ello fue anulado por la STC 61/1997, de 20 de marzo, al reinterpretarse el sentido de la supletoriedad del Derecho estatal (salvo el art. 296, luego derogado por la LRSV⁶⁰⁸). No obstante ello, el instrumento ha sido recogido por la totalidad de las legislaciones urbanísticas, concretamente en los siguientes preceptos:

Artículos 78 a 84 de la LOUAndalucía; arts. 91 y 121 a 124 de la LuAragón; arts. 220 a 225 y 227 del TRLOTUAsturias; art. 79 del TRLOTENCanarias; arts. 240 a 245 de la LOTRUSCantabria; arts. 83 a 88 del TRLOTAU; art. 131 de la LuCyLeón; arts. 164 a 166 del TRLUCataluña, arts. 179 a 187 de la LOUPMRGalicía; arts. 98 a 103 de la LESOTEX; arts. 186 a 188 de la LOTURioja; arts. 182 a 187 de la LsMadrid; arts. 201 y 202 del TRLSMurcia; arts. 239 a 243 de la LOTUNavarra; arts. 125 a 127 de la LSUPVasco; y, por último, D.A. 3ª LOTPPValencia.

La operatoria de estos mecanismos sigue con variantes la establecida en los arts. 291 a 298 del TRLS 92. Lo primero es delimitar áreas —sea en el propio Planeamiento General, en la revisión de su programa de actuación o mediante la delimitación de unidades de ejecución del Planeamiento— en que las transmisiones onerosas de terrenos queden sujetas al ejercicio de estos derechos por parte de las

⁶⁰⁷ Esta sentencia resolvió un recurso presentado por un grupo de diputados pidiendo que se declarase la inconstitucionalidad de la Ley madrileña 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, entre otras razones por crear un derecho de tanteo y retracto en favor de esta Comunidad lo que vulneraría la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil establecida en el art. 149.1.8 CE. El TC rechaza esta alegación señalando: “No cabe duda, y en ello tienen razón los recurrentes, que el tanteo y retracto, como instituciones jurídicas son derechos reales cuya regulación, al ser legislación civil, es competencia exclusiva del Estado, a reserva de los derechos forales especiales. El carácter civil de la institución y de su regulación no excluye, sin embargo, que puedan existir derechos de retracto en favor de la Administración pública establecidos por la legislación administrativa, respondiendo a una finalidad pública, constitucionalmente legítima. El establecimiento en favor de la Administración de un derecho de tanteo y retracto para determinados supuestos no implica una regulación de tal institución civil, la cual es perfectamente compatible, como en el caso enjuiciado sucede, con el uso por la Administración de tales derechos previa disposición legislativa constitutiva de las mismas, con sometimiento al Derecho civil del régimen jurídico de las instituciones citadas” (FJ 6).

⁶⁰⁸ Este artículo regulaba un tema netamente civil, por lo que la STC 61/1997 reconoció que en realidad era una norma de aplicación plena y no supletoria, lo que evitó su anulación: “**Art. 296. No inscripción registral.** No podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad las transmisiones efectuadas sobre los inmuebles incluidos en las expresadas delimitaciones, si no aparece acreditada la realización de las notificaciones contempladas en los artículos precedentes”. QUINTANA L. (2007:134, nota 158) advierte que su contenido se trasladó al art. 85.3 del RD 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

Administraciones locales y/o autonómicas, estableciendo qué inmuebles quedarán sujetas a ellos (suelo sin edificar, suelo edificado, viviendas, etc.) y durante qué plazo máximo (el TRLS 92 lo fijaba en 10 años). Luego, si los propietarios de bienes afectados al ejercicio de estos derechos deciden enajenarlos deben notificar este hecho a las Administraciones correspondientes, señalando el precio y la forma de pago proyectada, además de las restantes condiciones esenciales de la transmisión. A partir de esta notificación, y por un plazo determinado (sesenta días naturales en el TRLS 92), cabe el ejercicio del derecho de tanteo. Si durante ese plazo no se llega a adoptar y notificar el acuerdo para ejercer este derecho el propietario podrá seguir adelante con su operación.

El derecho de retracto, en tanto, se configuró sólo como una especie de garantía del derecho de tanteo y no como una herramienta de mayor alcance. En efecto, sólo cabía en el TRLS 92 si no se efectuaba la notificación que hemos explicado o si, realizándose, se omitía alguno de los requisitos exigidos o la venta se efectuaba en condiciones menos onerosas que las declaradas. Esto podía ser detectado porque el particular debía entregar al Ayuntamiento copia de la escritura o documento en que fuere formalizada la venta, de manera que si se había producido cualquiera de los eventos señalados el Ayuntamiento podía ejercer el derecho de retracto por un plazo determinado, que el TRLS 92 cifró en sesenta días naturales.

Para garantizar la eficacia del sistema se exigía acreditar las notificaciones para inscribir en el Registro de la Propiedad las transmisiones efectuadas en bienes sujetos al ejercicio de estos derechos. De igual manera, el TRLS 92 caducaba las notificaciones a los 4 meses de efectuadas, de manera que pasado ese plazo sólo podía enajenarse el bien repitiendo el procedimiento.

Por último, conviene destacar que este mecanismo también se admitía como un medio para controlar el cumplimiento efectivo de las limitaciones sobre precios máximos de venta de las viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública que las impusiera, pudiendo en tales casos las delimitaciones ser indefinidas.

Si bien la regulación autonómica que hemos citado varía en algunos extremos las reglas precedentes, no lo hace al extremo que justifique su revisión en detalle, al menos para los fines de este trabajo⁶⁰⁹. Sólo conviene destacar que las legislaciones autonómicas han permitido que junto a los ayuntamientos también las Administraciones autonómicas puedan ejercer estos derechos. La difusión y ampliación de estas herramientas es, para algunos, parte de una tendencia de la legislación administrativa —no sólo urbanística⁶¹⁰— que espera de ellas “...la

⁶⁰⁹ Una revisión de ellas en DÍAZ G., 2006:165-184.

⁶¹⁰ P. ej., en los casos de transmisiones onerosas de suelo protegido por razones ambientales —Decreto 29/1993, de 11 de febrero, que declara el parque natural Baixa Limia-Serra do

resolución de numerosos problemas sociales de especial importancia en el contexto del nuevo urbanismo, así como la resolución de importantísimos retos públicos, entre ellos medioambientales. En particular, la tendencia legislativa lleva a apostar por el reconocimiento de estos derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración autonómica, para la mejor tutela de fines públicos y sociales” (GONZÁLEZ-VARAS I., 2005:625), y que habría tenido éxitos⁶¹¹. En cambio, otros son escépticos. BAÑO L. califica a estos derechos como ineficaces y restringe su finalidad al plano fiscal, pues “...en las áreas previamente delimitadas el vendedor está indirectamente forzado a declarar el valor de lo pactado por el riesgo de sufrir un retracto infravalorado” (BAÑO L., 2009:488); para emplearlos en finalidades urbanísticas ambiciosas es preciso contar con un volumen de recursos que permita ejercer estos derechos y del que normalmente las Administraciones no disponen.

d) Un segundo medio privilegiado: las reservas de suelo para los patrimonios públicos de suelo

La LRRUVS admitió la constitución de reservas de terrenos en suelo urbanizable no programado y en suelo no urbanizable no sujeto a especial protección para efectos de ampliar los patrimonios municipales de suelo (art. 99.1 y luego art. 278.1 del TRLS 92), las que luego podían ser incorporadas al patrimonio municipal previa expropiación. Dado que según el TC la *causa expropriandi* en una materia de competencia autonómica debía ser regulada por una ley también autonómica, esta norma fue declarada inconstitucional. Sin embargo, los legisladores autonómicos han recogido esta institución en las leyes de cada comunidad.

La LRRUVS no exigía más finalidad para estas expropiaciones que acrecentar el patrimonio municipal de suelo, y dada la localización de los terrenos —suelo urbanizable no programado y en suelo no urbanizable no sujeto a especial protección— el coste era reducido, lo que facilitaba la ampliación de estos patrimonios. Hay que decir que tratándose del suelo no urbanizable la dictación de la LRSV debería haber representado un paréntesis en estas prácticas, dado que su art. 9.1 exigía que aquél estuviese sometido “...a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de

Xurés como lugar de gran interés por su geomorfología y sus paisajes, así como por el gran valor de su flora y fauna y su proximidad al parque nacional portugués de Peneda-Gerês con el que es colindante— o de montes —Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes— (GONZÁLEZ-VARAS I., 2005:625).

⁶¹¹ “...muy numerosos terrenos se ha adquirido de esta forma, por la Administración, preservándolos así de inadecuados procesos urbanísticos, logrando en cambio la realización de fines sociales o el mantenimiento de sus valores ambientales” (*Ibid.*:626).

ordenación territorial o la legislación sectorial...” o por las situaciones especiales que señalaba el art. 9.2, de manera que si éstos no concurrían el suelo debía ser clasificado como no urbanizable⁶¹². Sin embargo, las leyes autonómicas no siguieron por completo esta norma básica y la STC 164/2001, de 11 de julio de 2001, declaró que el legislador estatal no podía imponer un modelo urbanístico específico a las Comunidades Autónomas, quedando la clasificación del suelo en el campo competencial de aquéllas. Esto hace que el problema que comentamos conserve su interés.

Un sector de la doctrina resistió el instrumento de las reservas de suelo, en parte porque respondían a planes de vivienda que en definitiva podían no ser operativos en los territorios que fuesen reservados no serlo en la medida adecuada, lo que dejaría esos terrenos sin edificar (GONZÁLEZ P., 2000:168), en parte porque estas “bolsas” de suelo alentaban recalificaciones o reclasificaciones especulativas aplicando los arts. 127.1 y 146.2 del TRLS 92 (GONZÁLEZ P., 1993:2178 y ss.), bajo “...el fácil expediente de expropiar barato, reclasificar y vender a precio de mercado, con lo que la finalidad de los patrimonios del suelo desaparece” (QUINTANA L. & LOBATO G., 1996: 139), cuestión que veremos en el siguiente apartado. Se planteó, además, la inconstitucionalidad de reconocer genéricamente la posibilidad de expropiar para constituir bolsas de suelo público:

“La reserva de ley requiere en este punto, que, como parte de la obligación del legislador de regular aquellos aspectos esenciales del derecho de propiedad, se determinen en la ley los casos concretos que justifican esta adquisición de suelo. No se trata, como ha sostenido el Tribunal Supremo, de un problema como de la patente inadecuación de la ley al art. 53.2 CE... Sólo si el legislador precisa la *causa expropriandi* será posible emitir un juicio sobre si el sacrificio de la propiedad está justificado” (BAÑO L., 2009:487)

En este contexto los conflictos no tardaron en surgir y la jurisprudencia debió pronunciarse, experimentando una evolución. Como explica la STS de 21 mayo de 2003 (RJ 2003\5363), el TS había validado que los actos de delimitación de reserva no contemplasen los destinos prefijados legalmente, “...ni siguiera como una genérica referencia a la construcción de viviendas de régimen público u otros usos de interés social...”, pudiendo indicarse otros como “...evitar la proliferación de asentamientos ilegales, eliminar la tendencia especulativa, resolver de manera global las fachadas a las vías que conforman el ámbito de la unidad y garantizar la ordenación integrada del polígono”. Ello, pues:

«...lo que tiene que expresar el acto es la finalidad inmediata (a saber, incorporación de los terrenos reservados al Patrimonio Municipal del Suelo, PMS) y

⁶¹² *Supra* Capítulo 2, apartado 2.2.4.c).

no la mediata (futuro destino a viviendas de protección u otros usos sociales), porque esta última finalidad ya está dispuesta en la Ley, y no depende de la voluntad del Ayuntamiento; si más tarde tales bienes no se destinan a esa finalidad, eso constituirá un problema distinto, a discutirse en otro pleito; así que el acto de la reserva no tiene por qué expresar lo que está dicho en la Ley, y sólo habría lugar a anularlo cuando específica y confesadamente se exprese en el acto que la finalidad mediata perseguida no se corresponde con la querida por la Ley, o es incompatible con ella» (FJ 4).

Sin embargo, la sentencia que estamos citando fija un punto de inflexión y altera expresamente este criterio, al afirmar que la “...expresión de los fines a que se van a destinar los suelos sujetos a reserva, es decir, de los concretos y específicos usos que se tienen previstos para ellos (v.gr. qué usos concretos de interés social se persiguen, o qué magnitudes de viviendas protegidas se prevén) no es algo inocuo”, pues el art. 278.4 del TRLS 92 dispone que la delimitación implica la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación a efectos expropiatorios, no bastando para ello que la finalidad sea “la mera adscripción al Patrimonio Municipal del Suelo”. En efecto, la protección del derecho de propiedad exigiría “...la necesaria especificación de la «*causa expropriandi*», como forma de garantizar a los propietarios que su suelo será expropiado para concretos fines y también para garantizarles la tutela judicial mediante el efectivo control judicial”. Añade el TS que:

“La devaluación del requisito de la expresión de los fines concretos de la reserva puede propiciar abusos manifiestos, como siempre que se relaja la necesidad de la motivación. Sin que afirmamos que éste sea un caso abusivo, aquí se hace una reserva de 1.397.030 metros cuadrados sin que se sepa en concreto a qué finalidades van a ser destinados, qué fines sociales se anuncian y cuántos y cuáles previsiones de viviendas protegidas se vaticinan. Si este requisito no se exige el PMS podría convertirse, en contra de la naturaleza y finalidad que le imponen los artículos 276 y 280.1 del Texto Refundido de 1992, en un mero procedimiento municipal de adquisición de suelo, al margen de cualquier finalidad específica” (FJ 5).

Si bien la mayoría de la doctrina coincide con este cambio jurisprudencial existen críticas fundadas. Se ha dicho que:

“...este cambio tan radical de criterio carece de justificación y contradice frontalmente el propósito perseguido por la regulación de reservas en el TRLS 92, que era justamente facilitar la incorporación de terrenos al PMS, configurando esa incorporación como causa legitimadora de la expropiación, con independencia del fin específico a que más tarde se destinasen, que, obviamente, habría de ser alguno de los asignados al PMS. Si el TS consideraba que esa regulación no era compatible con la protección constitucional de la propiedad, debería haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad, en vez de introducir una rectificación de su

propia doctrina que va claramente en contra de la regulación legal de la materia” (MENÉNDEZ R., 1993:210).

En una línea intermedia se ha matizado advirtiendo que el TS no debería haber mezclado la motivación de la delimitación de la reserva, exigible como garantía contra la arbitrariedad, con la *causa expropriandi* de la futura expropiación de un terreno reservado, pues reserva y expropiación “...obedecen al ejercicio de dos potestades distintas, cada una con sus exigencias legales: una la motivación y otra la previa determinación por ley de la causa de expropiar...” (QUINTANA L., 2007:105-106), no requiriéndose para la reserva una concreta finalidad protegida por la ley.

En sintonía con estos criterios la totalidad de los legisladores autonómicos han seguido insistiendo en esta institución, pero en tanto el TS mantenga el criterio de su sentencia de 21 mayo de 2003 su potencialidad ha quedado dañada. Con todo, en muchos casos se limitado la duración de las reservas⁶¹³. Así, por ejemplo, los arts. 113 de la LuAragón y 78 del TRLOTAU sujetan a los terrenos incluidos en una reserva a tres efectos: i) los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración, ii) la declaración de utilidad pública y iii) la necesidad de ocupación a efectos de expropiación forzosa. Sin embargo, esto es por un máximo de cinco años, prorrogables una sola vez por dos años más y por causa justificada.

e) Especulación pública y patrimonios de suelo

Si bien hasta el momento nos hemos referido al suelo como una herramienta al servicio de un urbanismo sostenible, particularmente de la adecuada implantación de viviendas protegidas, sería ingenuo olvidar que el suelo es un activo valioso y que resulta inevitable que los Ayuntamientos no vean en él una fuente de financiación, pues “...los bienes patrimoniales de las Entidades Públicas siempre se han considerado fuente de renta para el erario de aquéllas, precisamente porque no estaban destinados a la realización de fines públicos” (MENÉNDEZ R., 2007:831). Esto tiene una raíz histórica:

“Uno de los rasgos más característicos del Estado moderno es el paso de una Hacienda patrimonial a otra casi exclusivamente tributaria. Sólo ésta es, en rigor, una Hacienda Pública, que se nutre de unos ingresos obtenidos de la recaudación de los tributos, mientras que la Hacienda patrimonial se nutre de los rendimientos de los bienes sobre los que el príncipe (como cualquier otro señor territorial) ejerce su señorío, en el doble sentido de poder público (jurisdicción) y dominio (propiedad)” (MENÉNDEZ R., 1993:210).

⁶¹³ Un panorama en QUINTANA L., 2007:107-113.

Lo anterior se ve agravado por la crónica insuficiencia de las Haciendas Locales que les exige buscar nuevas fuentes de financiación (FERNÁNDEZ O., 2003:483). Así, y por paradójico que parezca, el suelo en mano pública puede ser tanto una herramienta contra la especulación como un activo con el cual especular. Y es que se trata de bienes patrimoniales y no demaniales, pero afectos al cumplimiento de una finalidad pública como aquéllos. Por ello se ha dicho que los Ayuntamientos son:

«...los principales especuladores, utilizando los bienes de aquellos patrimonios [los municipales de suelo] para obtener ingresos que satisfagan la voracidad de las Administraciones Públicas locales, preocupados sus regentes —al menos en vísperas electorales— de reformar parques o jardines, inaugurar monumentos en recuerdo de algún ilustre personaje, organizar festejos —entre los que se incluye traer algún conjunto musical a costes desorbitados— o tantas otras actividades similares-. La venta al alza de los bienes a través de concurso o subastas va a servir para financiar, en mayor o menor medida, según los Ayuntamientos, las haciendas locales... La especulación es especulación, la practiquen los particulares o la practiquen las Administraciones Públicas. Y es más grave cuando la especuladora es una Administración Pública, porque no sólo constituye una flagrante desviación de poder, sino que, además, los precios obtenidos se convierten en “referente” para el mercado libre: si el Ayuntamiento ha cobrado X, yo pido X + Y» (GONZÁLEZ P., 2000:170-171).

Las prácticas especulativas a que hemos hecho mención se veían facilitadas por los arts. 127.1 y 146.2 del TRLS 92, que permitían la revisión y aprobación, en su caso, del Programa de Actuación del Plan General, y la delimitación de las correspondientes unidades de ejecución. También contribuía el art. 280.2 del TRLS 92, según al cual en tanto no estuviese aprobada la ordenación detallada de los terrenos integrantes del Patrimonio o cuando ésta les atribuyese una calificación urbanística incompatible con la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública u otros usos de interés social, dichos terrenos podían ser enajenados mediante concurso o subasta por un precio no “...inferior al valor urbanístico del aprovechamiento real que tuviera ya atribuido el correspondiente terreno”. Esta norma “....abría el camino a la privación al antiguo propietario de las plusvalías que el terreno expropiado, una vez enajenado e incorporado al proceso de transformación urbanística, generaría a favor del municipio...” (QUINTANA L., 2007:89-90), pues admitía sin rubor que se expropiase suelo rural y luego se subastase al valor del aprovechamiento urbanístico que le había sido atribuido al terreno. Una clásica maniobra especulativa que proporcionaba a “...los gestores municipales... una espuria fuente de financiación mediante el expediente de expropiar barato, reclasificar o recalificar el suelo ya de propiedad municipal, y

vender a precio de mercado...” (QUINTANA L., 2007:32-33, más ampliamente 90-98)⁶¹⁴, frustrándose el fin perseguido, bien lejano al financiamiento general de los ayuntamientos:

“...carecería de toda legitimidad que los terrenos obtenidos a un precio tasado, por un procedimiento coactivo y para una finalidad pública, se vendieran luego en el mercado, al mejor postor, contribuyendo así al alza de los precios del suelo y, en definitiva, a reforzar las tensiones especulativas que los patrimonios públicos de suelo deben, precisamente, tender a rebajar” (MENÉNDEZ R., 1993:215).

La reacción propiamente urbanística a este problema corresponde a dos normas que persiguen frenar este tipo de actuaciones especulativas. El art. 39.2 del TRLS 2008, que establece un límite al valor que puede cobrarse por el suelo que proceda de las cesiones gratuitas y obligatorias o su equivalente, como revisaremos más adelante, y el art. 40.3 de la antigua LRSV, que posibilita:

“...la reversión de los terrenos expropiados para la formación o ampliación del Patrimonio Municipal de Suelo si, como consecuencia de una modificación del planeamiento que no se efectúe en el marco de la revisión de éste, se alteraran los usos, intensidades o aprovechamientos y ello supusiera un incremento de valor de los mismos”.

Conforme a este precepto en la medida que el incremento de valor derivase de una modificación y no de una revisión del planeamiento⁶¹⁵ el antiguo dueño podría recuperar la propiedad con las plusvalías que se hubieren generado, lo que evidentemente haría que los Ayuntamientos perdieran interés en este tipo de actuaciones. Con todo, QUINTANA L. ha apuntado como falencia de este sistema la

⁶¹⁴ Véase otras críticas en GONZÁLEZ P. (1993:2178 y ss.) o GONZÁLEZ-BERENGUER U. (1997:238).

⁶¹⁵ PAREJO afirma que “...por revisión se entiende la reconsideración total del plan o su alteración en términos equivalentes, es decir, la introducción en él de cambios relevantes con incidencia en la estructura general del territorio o la clasificación del suelo como consecuencia de la adopción de un nuevo modelo territorial, la aparición de circunstancias sobrevenidas o el agotamiento de la capacidad del plan... Por el contrario, la modificación consiste simplemente en la introducción de cambios concretos y aislados” (PAREJO A., JIMÉNEZ-BLANCO & ORTEGA A., 1998:526). Según el art. 154.3 del RP revisión del plan es “...la adopción de nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del territorio o de la clasificación del suelo, motivada por la elección de un modelo territorial distinto o por la aparición de circunstancias sobrevenidas, de carácter demográfico o económico, que incidan sustancialmente sobre la ordenación, o por el agotamiento de la capacidad del Plan”. El art. 154.4 señala que “En los demás supuestos, la alteración de las determinaciones del Plan se considerará como modificación del mismo, aun cuando dicha alteración lleve consigo cambios aislados en la clasificación o calificación del suelo, o impongan la procedencia de revisar la programación del Plan General”. El art. 156 indica las causales de revisión de los Planes Generales. El RP es aplicable sólo en forma supletoria, pero la legislación autonómica que se ha ido dictando ha seguido derroteros semejantes.

evasión de la reversión revisando y no modificando el plan, como también la ausencia en muchos casos —especialmente en suelo no urbanizable no delimitado— de condiciones de urbanización y edificación previas que permitieran identificar el cambio de valor que exige el art. 40.3 de la LRSV. Añade que el mismo resultado podría haberse obtenido exigiendo que la Administración declarase en el acto de reserva el destino final de los terrenos allí incluidos de manera que esta declaración pudiese servir de parámetro para verificar el cambio de valor y la indemnización a pagar, en su caso (QUINTANA L., 2007:123-128).

La LS 2007 incluyó el art. 40.3 dentro de la derogación general de la LRSV, lo que para FERNÁNDEZ R. reflotaría la posibilidad de incurrir en estas prácticas (2007:152). Sin embargo, esta afirmación desconoce que el art. 29 de la LS 2007, trasladado al art. 34 del TRLS 2008, contiene dos disposiciones que debiesen frenarlas:

- El art. 34.1.b), que permite solicitar la reversión si se alterase “...*el uso que motivó la expropiación de suelo en virtud de modificación o revisión del instrumento de ordenación territorial y urbanística...*”, salvo en algunas circunstancias, entre ellas, que la expropiación se hubiere realizado “...*para la formación o ampliación de un patrimonio público de suelo, siempre que el nuevo uso sea compatible con los fines de éste*”. En consecuencia, si el nuevo uso no permite la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o la implantación de los otros usos admisibles que declare la respectiva legislación autonómica en el marco del art. 39.1 TRLS 2008 procederá la reversión⁶¹⁶.
- El art. 34.2.b), conforme al cual si se expropia suelo para ejecutar una actuación de urbanización y luego se alteran “... *los usos o la edificabilidad del suelo, en virtud de una modificación del instrumento de ordenación territorial y urbanística que no se efectúe en el marco de un nuevo ejercicio pleno de la potestad de ordenación, y ello suponga un incremento de su valor conforme a los criterios aplicados en su expropiación*”, cabe la retasación del terreno⁶¹⁷. La diferencia

⁶¹⁶ “La clave radica, pues, en que el nuevo uso permita el cumplimiento de cualquiera de los destinos previstos en el artículo 39.1 TRLdS08: la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y la realización de aquellos usos de interés social que prevea la legislación autonómica de ordenación territorial y urbanística para fines urbanísticos admisibles o, en todo caso, los de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural” (PAREJO A. y ROGER F., 2009:445).

⁶¹⁷ “La introducción de este supuesto es desde luego una novedad en la legislación relevante para la ordenación territorial y urbanística, pero en modo alguno en la regulación general de la institución expropiatoria. En la nueva redacción que en 1999 ha recibido el artículo 54 LEF, éste incorpora —en el inciso final de la letra a) de su apartado 2- el derecho sustitutivo a solicitar la actualización del justiprecio en caso de no proceder la reversión por nueva afectación del bien y no haberse ejecutado la obra o establecido el servicio inicialmente previstos” (PAREJO A. y ROGER F., 2009:450).

entre el nuevo valor y el resultado de actualizar el justiprecio corresponderá “al expropiado o sus causahabientes”, formula que parte de la doctrina ha cuestionado⁶¹⁸.

De hecho, al comentar el artículo 34 TRLS 2008 PAREJO A. afirma que allí se contemplan todos los supuestos previstos en el artículo 40 LRSV (PAREJO A. y ROGER F., 2009:441; véase también QUINTANA L., 2007:128-130).

Otra rectificación del uso especulativo de los patrimonios públicos de suelo proviene de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas⁶¹⁹, que influye en los siguientes aspectos (seguimos a MENÉNDEZ R., 2007:833):

- Establece que “...la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, **en particular, al de la política de vivienda**, en coordinación con las Administraciones competentes” (art. 8.2, negritas nuestras)⁶²⁰.
- Dispone la inembargabilidad de estos bienes, como si fueran demaniales, al estar el producto de su enajenación legalmente afectado a un fin determinado⁶²¹, lo que sigue la STC 166/1998, de 15 de julio, que había admitido la embargabilidad de “los bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público”⁶²².

⁶¹⁸ Para MENÉNDEZ R. esta retasación “...está en manifiesta contradicción con el principio de que los bienes y derechos expropiados deben tasarse por el valor que tengan al momento de iniciarse el expediente de justiprecio (art. 36.1 LEF). Si la modificación del plan es arbitraria o no está justificada, que se impugne y se anule. No tiene sentido que se reconozca su validez, con la contrapartida de la retasación, que será fuente de conflictos. Es como si todo valiera con tal de que se pague” (MENÉNDEZ R., 2007:859-860).

⁶¹⁹ BOE núm. 264, de 04.11.2003.

⁶²⁰ Con todo, el apartado 1 del mismo precepto establece el potencialmente contradictorio principio de “rentabilidad en la explotación”. MENÉNDEZ R. es crítico de la redacción del art. 8.1 pues habla de “coadyuvar” a esos fines y no de servirles, directamente. Peor aún, el art. 191.2 de la misma Ley «...dice que ese esa función coadyuvante “podrá” ser tenida en cuenta para la obtención del bien por otra Administración en virtud de convenio... Si no sirve a esas políticas ¿por qué se va a ceder a otra Administración, aunque sea a título onerosos o con “contraprestaciones equivalentes”, como dice el precepto comentado?” (MENÉNDEZ R., 2007:833).

⁶²¹ “Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados...”, art. 30.3 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

⁶²² En contra BAÑO L. (2009:480-481), para quien el patrimonio municipal del suelo respondería por las deudas municipales primando el principio de la unidad de caja por sobre el de patrimonio separado, porque la excepción exigiría que los bienes estén *materialmente* afectados a un servicio público o a una función pública, lo que no se daría

- Señala que su enajenación se realiza ordinariamente por concurso y no por subasta, cuestión de gran relevancia pues se adjudica a quien *“en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los correspondientes pliegos”*, y no simplemente a quien presenta la *“oferta económica más ventajosa”* (art. 137). En otras palabras, no necesariamente gana el precio más alto pues más que generar ingresos se persigue cumplir las finalidades públicas a que están adscritos estos bienes.

f) El derecho de superficie como una forma de gestionar el suelo público

El derecho de superficie, conforme el art. 40.1 TRLS 2008, es un derecho real que:

“...atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena”.

La doctrina lo define —en su variedad urbana— como *“...el derecho real que confiere a su titular el poder de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido”* (DÍEZ-PICAZO P. y GULLÓN, 1995:332), admitiendo que también es posible construir sobre el subsuelo o vuelo ajeno como ahora viene a reconocer la norma recién citada. Se trata de una excepción temporal al principio *“superficie solo caedit”*, conforme al cual lo implantado sobre la superficie accede al suelo, esto es, pasa a ser propiedad del dueño de aquél a través de la accesión. Sus orígenes se remontan al Derecho romano, siendo recogido por el Derecho Común —y, en consecuencia, por las Partidas— y luego por las codificaciones, como ha explicado DE LOS MOZOS M. (1974:21-118). No obstante, el Código Civil español apenas si le dedicó un par de disposiciones de manera indirecta (los arts. 1655 —donde se dice que estaría implícitamente admitido— y 1611, BLANQUER U., 2007:170-171), al punto que se haya dicho *“sea una figura muerta en nuestro sistema civil”* (DÍEZ-PICAZO P. y GULLÓN, 1995:333). En el siglo XX se consideró que podía contribuir a resolver el

en este caso. Esta conclusión no puede compartirse porque el art. 30.3 también coloca como hipótesis de inembargabilidad que el producto de la enajenación de los bienes esté legalmente afectado a fines determinados, lo que ocurre en este caso. Ni siquiera podría calificarse de indeterminada la remisión a los *“otros usos de interés social”* del art. 39.1 TRLS 2008, toda vez que el mismo precepto exige que la legislación en la materia especifique los fines admisibles.

problema de la falta de viviendas, como una herramienta para abaratar el coste del suelo pues no es necesario comprarlo (citándose la legislación alemana). De allí que la LS 56 venga a rescatar este derecho señalando, en su exposición de motivos, que su empleo fomentaría la edificación sin necesidad de enajenar el suelo, fuera éste público o privado (arts. 157 a 161), permitiéndose su constitución a favor de terceros por un plazo de hasta cincuenta años:

“La experiencia extranjera muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que a la vez facilita la construcción, evita la especulación de edificios y terrenos y reserva el aumento de valor del propietario. De aquí que se admita la constitución del derecho de superficie por Entidades públicas y particulares” (V).

En 1974 DE LOS MOZOS M. explicaba que el derecho de superficie era “...la expresión jurídica de *una nueva forma de propiedad urbana*” (1974:204, cursivas en el original), pues permitía disociar propiedad del suelo y derecho a urbanizar y edificar, en tanto existiese un adecuado desarrollo legislativo y una actuación pública decidida y conjunta con la iniciativa privada:

“...de un lado, las inversiones públicas se orientan hacia la formación de amplios patrimonios del suelo, que puedan servir para estabilizar su mercado y para facilitar las operaciones de urbanización; de otro, estos patrimonios del suelo, o los terrenos adquiridos mediante expropiación forzosa con finalidades más contingentes, se cederán a los particulares en derecho de superficie” (1974:206).

Esto permitiría entregar una especie de “propiedad temporal” al particular, manteniendo la titularidad del suelo en el Estado para, a través de ella, controlar el desarrollo urbano. Aunque los TRLS de 1976 y 1992 mantuvieron esta herramienta, su utilización fue mínima. En la práctica, los ciudadanos preferían ser propietarios ante que superficiarios. En 1981 GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO A. advertían que:

“...el propósito que animó a la LS de 1956 no se ha visto acompañado por el éxito. El derecho de superficie ha permanecido, y continúa siéndolo aún, una fórmula prácticamente inédita, al no haber calado ni en las costumbres sociales ni en la praxis administrativa. El escollo para su efectiva utilización radica probablemente en la no asimilación de la figura de la edificación en suelo ajeno y, por tanto, de la disociación del dominio del suelo y del dominio de lo sobre él edificado, así como de la extinción a plazo fijo este último con la consecuente accesión de lo edificado al suelo” (GARCÍA DE ENTERRÍA & PAREJO A., 1981:149).

Pese a los pobres resultados que ha logrado esta institución la LS 2007 y el TRLS 2008 vuelven a depositar esperanzas en él⁶²³. La doctrina no ha sido especialmente entusiasta con la nueva regulación. Se ha dicho que:

⁶²³ El Ministro de Industria, Turismo y Comercio Miguel Sebastián describía las bondades del derecho de superficie afirmando que a través de él, “...el Estado, sin renunciar a la

“...aunque más completa, no introduce novedades sobresalientes que la diferencie de sus disciplinas precedentes... Tampoco parece que haya atajado... la extensa polémica doctrinal y jurisprudencial suscitada alrededor de su configuración y régimen jurídico... El ámbito de actuación del derecho de superficie regulado en la legislación del suelo, el carácter de ese derecho, o la posible compatibilidad de esas normas con la escasa regulación que acoge el Código civil siguen siendo temas abiertos” (EGÚSQUIZA B., 2008:14).

Y es que una de las grandes polémicas existentes a propósito de este derecho era si su regulación urbanística era aplicable con carácter general —tesis unitaria— o si, en cambio, existía una dualidad de regulaciones —tesis dualista—: la urbanística, de naturaleza administrativa y aplicable específicamente a las hipótesis reguladas por el derecho urbanístico, y la civil, de naturaleza privada y posible de pactar entre particulares sobre la base del art. 1655 Cc y la libertad contractual (EGÚSQUIZA B., 2008:18-20). La jurisprudencia venía inclinándose por esta última (especialmente en la STS de 26 de noviembre de 2002, RJ 2002\9935) y si bien parte de la doctrina estima que la LS 2007 viene a zanjar el debate a favor de la tesis unitaria (así, p. ej., DE SALAS MURILLO, 2008:370-371; NAVAS O., 2007:444-445) existen quienes opinan lo contrario (p. ej., EGÚSQUIZA B., 2008:26-27; DE LA IGLESIA M., 2009:685). Con todo, se trata de una disputa que interesa en lo referente a los privados pero que no impacta mayormente al derecho constituido por las Administraciones Públicas, que indiscutiblemente pasa a estar regulado por el TRLS 2008 y las demás fuentes señaladas en el art. 40.4.

Conviene apuntar que esta es una materia estatal, en virtud del título competencial del 149.1.8 CE, esto es, la legislación civil. Así lo entendió la STC 61/1997 al no encontrar en la regulación del TRLS 92 sobre derecho de superficie extralimitación alguna⁶²⁴ (lo que para un sector de la doctrina venía a reforzar la tesis unitaria del derecho de superficie). Sin embargo, el art. 149.1.8 CE matiza esta competencia

propiedad, cede el suelo a las constructoras para que edifiquen viviendas y las saquen al mercado de alquiler, gestionado por ellas mismas, durante un plazo de unos 20-30 años, tras el cual tanto el suelo como las viviendas construidas volverán a manos del Estado. Esta colaboración con el sector privado permite también remodelar y rehabilitar pueblos y ciudades” (El Mundo, Mercados, 13.04.2008, p. 15).

⁶²⁴ El FJ 38 señala que “desde una perspectiva sistemática... es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del art. 149.1.8. C.E., corresponde al Estado establecer. Por ello, los arts. 287.2 y 3, 288.3, y 289 T.R.L.S. (reconocimiento del derecho de superficie; su tráfico jurídico-privado, y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna”. Con todo, los arts. 287.1, 288.1 y 290 que habían sido aprobados con eficacia supletoria al entenderse que se referían a temas puntuales de competencia autonómica y no estatal fueron anulados por inconstitucionales (*supra* Capítulo 2, apartado 2.2.4.c).

estatal con la frase: “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, lo que recoge el apartado 5 de la Disposición Final primera del TRLS 2008⁶²⁵. De allí que comunidades como Navarra o Cataluña tengan también regulaciones peculiares, que no abordaremos por no incidir en nuestro trabajo⁶²⁶.

Y es que los problemas de la implantación del derecho de superficie no parecen ser jurídicos. Más bien derivan del predominio casi cultural del modelo de la vivienda en propiedad. En efecto, para que este instrumento tenga sentido debe existir una política pública consistente y decidida de fomento al alquiler de viviendas, particularmente en su veste social. Todo al revés de lo que ocurre en España. En 2001 (fecha del último censo) el 82,2% de las viviendas principales estaban en régimen de propiedad, el 11,4% en alquiler, un 2,6% eran “viviendas cedidas gratuitamente” y el 3,8% se presenta como “otras”. No se menciona a los superficiarios como una categoría relevante (MINISTERIO DE VIVIENDA, España, 2006:180). Si comparamos esta situación con otros países de Europa (seguimos los datos de TRILLA, 2001:160-203) el contraste es evidente. En Alemania, por ejemplo, los propietarios-ocupantes de una vivienda eran apenas el 38% en 1999, el porcentaje más bajo de Europa junto con Suiza (31%), mientras que el parque de alquiler privado llegaba al 47% en Alemania occidental, el más elevado de Europa junto con Suiza (66%), en circunstancias que en la ex RDA el alquiler social llegaba al 58% en 1990. Francia presentaba a inicios de esta década un 54% de vivienda en propiedad, un 21% en alquiler privado y un 17% en alquiler social, un cuadro diferente del de la postguerra en que más del 40% era alquiler privado. Reino Unido, en tanto, un 67% de las viviendas se ocupa a título de propiedad, un 24% a título de alquiler social y un 9% a título de alquiler privado.

En el siguiente cuadro puede apreciarse la importancia del régimen de alquiler de viviendas en Europa, por mucho que pierda paulatinamente importancia. Salta a la vista el contraste con España, especialmente si examinamos el alquiler social que, a diferencia del privado, no sólo no ha caído sino que en muchos lugares crece:

“Uno de los elementos de mayor discrepancia entre España y la mayoría de países europeos es justamente... la práctica inexistencia de parque de vivienda social (2% del parque global, el más bajo de Europa), no sólo en la actualidad sino en cualquier época de la segunda mitad de siglo XX. Las inversiones públicas en vivienda en España no han contemplado en ningún momento una oferta seria y efectiva de alquiler social” (TRILLA, 2001:60).

⁶²⁵ “Lo dispuesto en esta Ley se aplicará sin perjuicio de los regímenes civiles, forales o especiales, allí donde existen”.

⁶²⁶ Sobre este tema puede verse EGÚSQUIZA B., 2008:28-34.

EVOLUCIÓN DEL PARQUE DE VIVIENDA DE ALQUILER EN EUROPA

% sobre parque viviendas principales	1960	1970	1980	1990	1999
<i>Alemania (RFA)</i>					
Alquiler social	15	22	16	13	10
Alquiler privado	47	46	46	47	47
Total alquiler	62	68	62	60	57
<i>Holanda</i>					
Alquiler social	26	31	39	38	35
• Autoridades locales	12	12	9	n.d.	n.d.
• Housing associations	14	19	30	n.d.	n.d.
Alquiler privado	41	34	17	17	17
Total alquiler	67	65	56	55	52
<i>Francia</i>					
Alquiler social (HLM)	4	10	14	16	17
Alquiler privado	33	29	26	22	21
Otros alquileres ⁽¹⁾	22	18	10	9	8
Total alquiler	59	57	50	47	46
<i>Suecia</i>					
Alquiler social	15	22	23	23	22
• Empresas municipales	n.d.	20	20	22	n.d.
• Gobierno central	n.d.	2	3	1	n.d.
Alquiler privado	38	30	20	18	16
Total alquiler	53	52	43	41	38
<i>Reino Unido</i>					
Alquiler social	26	31	33	25	21
• Autoridades locales	26	31	31	22	16
• Housing associations	—	—	2	3	5
Alquiler privado	32	19	11	9	10
Total alquiler	58	50	44	35	31
<i>España</i>					
Alquiler social	2	2	2	2	2
Alquiler privado	41	28	19	14	12
Total alquiler	43	30	21	16	14

(1) Viviendas cedidas por las empresas o de alquiler gratuito.

n.d. = no disponible.

Fuentes: Elaboración propia a partir de «Social Housing, a European Dilemma?» Peter Emms (1990), «Housing Policy in Britain and Europe» G. Mc Crone y M. Stephens (1995), «Marchés et politiques du logement dans la CEE» L. Ghékière (1991), EMF (European Mortgage Federation) (datos más recientes). DETR, «Quality and Choice: A decent home for all» (2000).

Fuente: TRILLA, 2001:55.

En este contexto resulta difícil que el derecho de superficie se masifique. PAREJO A. expresa que la ampliación del plazo máximo de duración hasta los noventa y nueve

años⁶²⁷ permitiría al superficiario "...la amortización de la inversión y la obtención de un beneficio razonable...", especialmente considerando "...que las Administraciones públicas previsiblemente lo constituirán para usos o destinos de interés social (vivienda protegida u otros), normalmente menos lucrativos que otros...", de modo que un plazo más extenso haría más atractiva la inversión, asumiendo que cumplido aquél el derecho revertiría a la plena propiedad del superficiante (PAREJO A. y ROGER F., 2009:441). Sin embargo, si la población demanda viviendas en propiedad —y los propios poderes públicos implícita o explícitamente fomentan este modelo— lo más probable es que el derecho nunca revierta y, más bien, vencido el plazo o antes los superficiarios demanden la inversión del principio de la accesión para hacerse ellos dueños del suelo, como lo testimonia la experiencia de Reino Unido a partir de la *Housing Act* de 1980 (véase FONSECA F., 1995:30-31 y GUILLÉN N., 2010:75-108).

2.1.2. El suelo público en Chile

a) Las potestades para adquirir y gestionar suelo: de la CORMU a los SERVIU

La formación de bancos públicos de suelo no constituye una preocupación legislativa en el modelo chileno hoy por hoy. Ya hemos comentado que a partir del régimen militar éste se orienta, más bien, a fomentar la acción de los privados de manera que sean éstos quienes urbanicen y edifiquen en suelo privado. Con todo, la legislación preexistente había admitido que el Estado adquiriese suelo y construyese viviendas sociales, primero directamente y luego a través del sector privado, para luego asignarlas a quienes cumpliesen los requisitos que en cada caso se fijaban. Para ello la institucionalidad chilena del sector vivienda contó en la década de los sesenta con cuatro empresas públicas destinados a este fin: la Corporación de la Vivienda (CORVI), creada por el D.F.L. N° 285/1953⁶²⁸, y, luego, la Corporación de Servicios Habitacionales (CORHABIT), la Corporación de Mejoramiento Urbano (CORMU) y la Dirección General de Obras Urbanas, todas creadas por la Ley N° 16.391, de 1965⁶²⁹, siendo la última transformada en Corporación de Obras Urbanas (COU) por la Ley N° 16.742, de 1968⁶³⁰ (MINVU, 2004:128-133). La CORMU, en particular, tenía potestades que la hacían

⁶²⁷ El art. 289.2 del TRLS 92 establecía que el plazo del derecho de superficie no podía exceder "de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenio entre particulares".

⁶²⁸ D.O. 25.07.1953.

⁶²⁹ D.O. 16.12.1965.

⁶³⁰ *Supra* nota 491.

especialmente apropiada para gestionar suelo. El artículo 43 de la Ley N° 16.391 la facultaba para:

“...expropiar, comprar, urbanizar, remodelar, subdividir, transferir, vender y rematar inmuebles dentro o fuera de los límites urbanos; **formar una reserva de terreno para abastecer los planes de vivienda, desarrollo urbano y equipamiento comunitario, tanto del sector público como del privado**; proponer al Ministerio de la Vivienda y Urbanismo la fijación, ampliación o reducción de los límites urbanos o de las comunas, la modificación de los Planos Reguladores Comunales e Intercomunales respectivos y el **cambio de destinación de los bienes nacionales de uso público que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones**; **colaborar y asociarse con las Municipalidades y con las empresas privadas en la realización de proyectos de desarrollo y mejoramiento urbanos**, otorgar créditos para este propósito y supervigilar su realización; fijar dentro de las áreas urbanas, límites de **zonas de mejoramiento urbano** y procurar su ordenamiento y desarrollo” (Lo destacado es nuestro).

La idea de formar “reservas de terreno” se asocia directamente con la de bancos de suelo o patrimonios públicos de suelo, los que pueden ser locales aprovechando la facultad de “asociarse con las Municipalidades... en la realización de proyectos de desarrollo y mejoramiento urbanos”, que abrió paso a una serie de empresas públicas locales dedicadas a la urbanización (*cfr.* LAWNER S., 2007). En igual sentido el art. 51 de la Ley N° 16.391 declaró de utilidad pública:

“...los inmuebles que sean indispensables para **el cumplimiento de los programas de construcción** ⁶³¹ **de viviendas, equipamiento comunitario, obras de infraestructura y remodelaciones**, que apruebe el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, incluyéndose en estas últimas **los inmuebles destinados a zonas de áreas verdes y parques industriales contempladas en los Planos Reguladores**. Tales programas deberán ser aprobados por decretos supremos, que deberán ser publicados en el Diario Oficial y en un periódico de cada una de las provincias en que dichos programas se pondrán en ejecución”⁶³² (Lo destacado es nuestro).

La reorganización institucional que introdujo el D.L. 1.305/1975⁶³³ declaró a los SERVIU sucesores legales de las corporaciones y los facultó expresamente para:

“...materializar los planes que les encomiende el Ministerio, para lo cual podrán adquirir los terrenos, formar loteos y preparar subdivisiones prediales, proyectar y ejecutar las urbanizaciones de los mismos, proyectar y ejecutar las remodelaciones y la edificación de las poblaciones, conjuntos habitacionales, barrios o viviendas individuales y su respectivo equipamiento comunitario y toda otra función de

⁶³¹ La Ley N° 19.021 (D.O. 03.01.1991) agregó “, alteración o reparación”, de manera que el objetivo de estos programas pudiera ser no sólo la construcción de viviendas.

⁶³² El texto transcrito es el que fijó el D.L. N° 1.523/1976.

⁶³³ D.O. 19.02.1976.

preparación o ejecución que permita dar cumplimiento a las obras contempladas en los planes y programas, todo ello en conformidad con los presupuestos asignados” (art. 27, inciso 2º).

Sin embargo, a renglón seguido se prohibió la ejecución directa de obras por parte de los SERVIU exigiendo externalizarlas:

“Para la consecución de los fines antes señalados, los Servicios Regionales y Metropolitano de Vivienda y Urbanización encomendarán la ejecución de las obras que proyecten, tanto de urbanización como de edificación y habilitación de áreas o de equipamiento, de conformidad a la legislación habitacional vigente” (art. 28, inciso 1º).

Esto era coherente con la orientación de la CPR que, cuatro años después, sujetaría el desarrollo de actividades empresariales por parte de la Administración a autorizaciones específicas otorgadas mediante leyes de quórum calificado —esto es, aprobadas por la mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio (art. 66 CPR)— en su art. 19 N° 21. Desde entonces no han vuelto a crearse sociedades con participación pública en materia urbana —salvo alguna experiencia fallida⁶³⁴— y sólo subsisten algunas de las creadas previamente⁶³⁵. Conviene recordar que los SERVIU son “...sucesores legales de las Corporaciones de Servicios Habitacionales, de Mejoramiento Urbano, de la Vivienda, y de Obras Urbanas y, por tanto, tienen todas las facultades y obligaciones de esas Corporaciones, en el ámbito de su Región” (art. 26 D.L. 1.305/1975), de manera que conservan la facultad de la CORMU para crear este tipo de sociedades. De hecho, el artículo 24 de su Reglamento Orgánico⁶³⁶ los faculta para:

“...estudiar y proponer la asociación con municipalidades y con entidades públicas, para la realización de proyectos de desarrollo y mejoramiento urbano, fijando plazos de duración de las mismas, condiciones, aportes y demás requisitos necesarios para el normal funcionamiento de estas sociedades. / Las sociedades mixtas constituidas de acuerdo al inciso anterior sólo podrán vender en pública subasta terrenos adquiridos al sector cuando éste, a su vez, los hubiere adquirido

⁶³⁴ Nos referimos a CORDESERVIU Ltda., sociedad que obtuvo su personalidad jurídica en 1992 (D.O. 26.02.1992) pero que debió ser disuelta y liquidada al haber sido formada por el SERVIU de la 1ª Región con la corporación de derecho privado CORDENOR y no con una entidad pública, como exigía el Reglamento. Sobre esto pueden verse los dictámenes de Contraloría N° 6.415/1995, N° 33.343/1995, N° 35.799/1996 y N° 25.306/1997.

⁶³⁵ Como URCOREL, sociedad de responsabilidad limitada formada entre la CORMU y la Municipalidad de La Reina en 1967 (<http://www.serviurm.cl/transparencia/vinculos-2.html>, consultado el 16.07.2010 a las 13:00 hrs.) o VALDICOR, sociedad de responsabilidad limitada formada en 1977 por la CORMU y la Municipalidad de Valdivia (<http://www.serviulosrios.cl/transparencia/Vinculo%20Institucional/vinculos.html>, consultado el 16.07.2010 a las 13:00 hrs.).

⁶³⁶ Contenido en el D.S. N° 355/1976, V. y U. (D.O. 04.02.1977)

por expropiación, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos 3º y 4º del artículo 51º de la ley N° 16.391, sustituido por el artículo único del D.L. N° 1.523, de 1976. / Las sociedades así constituidas no podrán integrar nuevas sociedades mixtas ni asociarse con particulares. Esta prohibición deberá incorporarse siempre a sus estatutos sociales”.

Estas facultades, en nuestra opinión, siguen vigentes⁶³⁷ (aunque un sector de la doctrina estime que la autorización para realizar actividades empresariales no puede ser genérica)⁶³⁸. De hecho, en 2002 se modificó el art. 24 del Reglamento Orgánico de los SERVIU para ampliar “la asociación con municipalidades y con entidades públicas” a “la asociación con municipalidades y con entidades públicas y **privadas**”⁶³⁹, sin que la modificación sufriera reparos en Contraloría, lo que implica admitir que esta potestad está vigente e, incluso, con más amplitud desde 2002. Con todo, el punto es sólo teórico pues no ha existido interés para ejercerla y las últimas experiencias chilenas para gestionar proyectos inmobiliarios han evidenciado una aguda debilidad institucional: proyectos como Ribera Norte (Concepción) o el Portal Bicentenario (Santiago de Chile) han sido desarrolladas directamente por los SERVIU y no han explorado este tipo de asociaciones.

⁶³⁷ La disposición 5ª transitoria de la misma Constitución señala que “las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes... aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”. Aplicada a nuestro caso esta disposición transitoria viene a decir que se entiende que el D.L. 1.305/1975 debe ser considerado como una Ley de quórum calificado para efectos del art. 19 N° 21 CPR, de manera tal que la facultad sobrevive en esos exactos términos.

⁶³⁸ Existen quienes estiman que la autorización legal para desarrollar actividades empresariales debe especificarse para cada caso, esto es, para cada actividad empresarial singular en concreto (p. ej. VARGAS Z., 1998: 106-108). Algunas afirmaciones del dictamen de Contraloría N°20.151/2005 podrían entenderse en esta línea, que también puede ejemplificarse con las Leyes N° 18.777 y 18.885, que autorizaron a transformar las empresas públicas sanitarias en sociedades anónimas y que son completamente específicas, pues se refieren expresamente a cada una de ellas. Sin embargo, la SCS de 06.10.1997 confirmó la SCA de Santiago de 04.09.1997, dictada a propósito de un recurso de amparo económico, autorizando a la empresa La Nación S.A. —una sociedad de economía mixta, cuyo capital pertenece en parte al Fisco y en parte a particulares, cuyas normas de creación datan de 1932— para formar la sociedad anónima *Base de Datos del Diario Oficial S.A.* o *Anfitrión S.A.*, pues sus estatutos sociales lo admitían, “...sin que para ello debiera obtener la autorización legal especial que exige el inciso segundo del N° 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental, por cuanto se trata de actividades específicas comprendidas en las genéricas de publicar y editar que pertenecen al objeto social de la empresa”.

⁶³⁹ D.S. N° 166/2002, V. y U. (D.O. 08.10.2002).

b) El artículo 50 de la LGUC y su potencial carácter especulativo: el ejemplo de la toma de Peñalolén

La autoridad no sólo está dotada de herramientas para adquirir suelo, sea a través de la expropiación o de la compra directa. También cuenta con una herramienta de enorme importancia para gestionarlo, el art. 50 de la LGUC, cuyo texto dispone:

“En casos especiales de proyectos de los Servicios Regionales o Metropolitano de Vivienda y Urbanización, éstos podrán proponer al Ministerio de la Vivienda y Urbanismo a través de la respectiva Secretaría Regional, las modificaciones a los Planes Reguladores que estimen necesario. El Ministerio aprobará dichas modificaciones previo informe de la Municipalidad respectiva, la que deberá evacuarlo en el plazo de 30 días. Vencido este plazo, el Ministerio podrá resolver, aunque no se haya emitido dicho informe”.

En estos casos, entonces, el propio Ministerio está facultado para aprobar definitivamente las modificaciones de los planes reguladores que le propongan los SERVIU para ejecutar proyectos en “casos especiales”⁶⁴⁰, a modo de resabio de la situación anterior a la regionalización de 1991 cuando todos los planes debían ser aprobados por el nivel central. El sentido de este precepto es facilitar la materialización de los planes habitacionales en favor de la población de menores ingresos. Contraloría ha señalado que se trata de un procedimiento de “carácter excepcional” lo que “...obliga a una interpretación restrictiva del mismo, sin que se advierta el sustento jurídico que permita hacerlo extensivo a situaciones en que los terrenos en que se pretenda desarrollar el respectivo proyecto sean de dominio de terceros” (Dictamen N° 46.381/2008). Es decir, sólo procede cuando los terrenos comprendidos en la modificación sean de propiedad de un SERVIU. La vigencia de esta disposición podría discutirse, dado que admite una intervención del nivel central en una materia que debiera ser resuelta en el ámbito de la autonomía local —motivo que debiera llevar a rechazar la constitucionalidad de esta disposición legal, si en Chile existiera una visión más aguda de aquella—, comprensible en 1976 pero no tras la reforma constitucional de 1991 y las correlativas reformas al

⁶⁴⁰ El art. 6.1.12 OGUC establece que para los efectos de este artículo “...se entenderá como proyectos de los Servicios Regionales o Metropolitano de Vivienda y Urbanización aquéllos que estén dirigidos a resolver los problemas de la marginalidad habitacional a través de los programas habitacionales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo que corresponde implementar a dichos Servicios”. El mismo artículo establece el procedimiento aplicable a estas modificaciones y fue agregado por el D.S. N° 23/2009, V. y U. (D.O. 30.06.2009).

procedimiento de aprobación de los instrumentos de planificación⁶⁴¹, pero ha sido confirmada por la Contraloría⁶⁴².

Un mecanismo de esta naturaleza permite lo que hemos denominado especulación pública, esto es, la adquisición de terrenos a bajo precio por su escaso aprovechamiento urbanístico para luego incrementarlo modificando el planeamiento. Contraloría rechazaba que los SERVIU pudieran adquirir predios situados fuera de los límites urbanos, por entender que en ellos no podían edificarse poblaciones⁶⁴³ (al menos no sin acudir al procedimiento del art. 55 LGUC), pero se abrió a autorizar este tipo de operaciones a través del dictamen N° 18.859/1998, lo que daba paso a posteriores recalificaciones para construir viviendas sociales. Algunos dictámenes posteriores volvieron a restringir la interpretación⁶⁴⁴ y la Ley N° 19.859, de 2003, terminó por añadir a las excepciones en que pueden construirse fuera de los límites urbanos los “...conjuntos habitacionales de viviendas sociales o de viviendas de hasta un valor de 1.000 unidades de fomento, que cuenten con los requisitos para obtener el subsidio del Estado”⁶⁴⁵, lo que vino

⁶⁴¹ Particularmente las Leyes N° 19.175 (D.O. 11.11.1992), N° 19.602 (D.O. 25.03.1999) y N° 19.778 (D.O. 10.12.2001).

⁶⁴² Así se desprende de los dictámenes N° 10.422/2001 y N° 44.023/2008, y así lo dijo expresamente el dictamen N° 4.612/1994.

⁶⁴³ Véanse, por ejemplo, los dictámenes N° 38.219/88, N° 6.192/1995, N° 33.857/1995, N° 34.320/1995 y N° 29.787/1996.

⁶⁴⁴ P. ej., el dictamen N° 14.871/2002 señala que el art. 55 de la LGUC permitía en forma excepcional levantar construcciones fuera de los límites urbanos siempre que resulten necesarias para ciertos fines: explotar agrícolamente el inmueble o vivienda del propietario del mismo o sus trabajadores, complementar alguna actividad industrial con viviendas, dotar de equipamiento a algún sector rural o habilitar un balneario o campamento turístico, y añadía: “Pero lo que el referido precepto no contempla es autorizar la subdivisión de terrenos rurales con el objetivo de levantar poblaciones destinadas a materializar proyectos habitacionales, ya sean éstos del sector público o del sector privado, que no estén destinados a alguno de los objetivos a que se ha hecho mención. La admisión de un proyecto de tal naturaleza infringiría la prohibición legal del inciso segundo de la norma indicada en cuanto establece que las subdivisiones y construcciones en terrenos rurales, con fines ajenos a la agricultura, no deben originar nuevos núcleos urbanos al margen de la planificación urbano-regional...” y terminaba “Una interpretación diferente llevaría al absurdo que todo el sistema de planificación urbana consultado en el ordenamiento jurídico, con gran rigurosidad, podría ser desconocido por la vía del ejercicio de facultades excepcionales aceptadas por el legislador sólo para los casos precisos que contempla, omitiéndose no sólo trámites, sino la intervención de los órganos regionales y comunales con competencia en la materia”.

⁶⁴⁵ El art. 55 LGUC prohíbe que “fuera de los límites urbanos establecidos en los Planes Reguladores” se realicen las siguientes acciones: “abrir calles, subdividir para formar poblaciones, ni levantar construcciones”. Hasta 2003 había dos excepciones: “las que fueren necesarias para la explotación agrícola del inmueble o para las viviendas del propietario del mismo y sus trabajadores”. La aludida “construcción de conjuntos habitacionales de viviendas sociales o de viviendas de hasta un valor de 1.000 U.F., que cuenten con los requisitos para obtener el subsidio del Estado”, añadida por la Ley N° 19.859 (D.O. 31.01.2003), vino a ser una nueva

a consolidar la posibilidad de adquirir este tipo de terrenos y aplica el art. 50 LGUC. Cabe señalar que la discusión parlamentaria de esta Ley pone de manifiesto que los parlamentarios entendían que esta modificación venía a resolver “problemas importantes para la construcción de conjuntos habitacionales de viviendas sociales en razón, por un lado, de la escasez de terrenos disponibles dentro del límite urbano de las ciudades y, por otro, atendido el gran valor económico de los mismos”⁶⁴⁶. La reflexión no apuntaba a atacar la raíz del problema, sino simplemente a obtener un resquicio para evadir uno de sus efectos, y aunque el Gobierno la promovió como una fórmula temporal no se ha presentado una definitiva.

Un ejemplo extremo que demuestra cómo se ha empleado el procedimiento del art. 50 LGUC fue la denominada “toma de Peñalolén”, invasión de un terreno urbano de 23 hectáreas realizada por casi 1.000 familias en junio de 1999, en la comuna de Peñalolén, ubicada al sur oriente de Santiago de Chile. Al poco tiempo había cerca de 1.800 familias instaladas allí, sin urbanización ni infraestructuras y sin que su propietario aceptara vender el terreno a un precio adecuado para construir viviendas sociales. Al mismo tiempo, había quejas de otros habitantes de esa comuna —donde también se emplazan condominios cerrados de sectores socioeconómicos medio altos— que sentían inseguridad al ser vecinos de un asentamiento de estas características. El conflicto social atrajo la atención pública durante su desarrollo, tanto por la inédita contigüidad espacial de grupos sociales dispares como porque las “tomas” de terrenos casi habían desaparecido a partir de la dictadura militar. El MINVU exigió a las familias que postulasen a los programas de subsidio tradicionales y se comprometió a apoyarlas, negándose a convalidar la

excepción. Adicionalmente, el mismo artículo permitía, en su inciso 3º, subdividir y urbanizar terrenos rurales para “*complementar alguna actividad industrial con viviendas, dotar de equipamiento a algún sector rural, o habilitar un balneario o campamento turístico*”, previa autorización de las Secretarías Regionales Ministeriales de Agricultura y de Vivienda y Urbanismo. También aquí se añadió la excepción de construir “*conjuntos habitacionales de viviendas sociales o de viviendas de hasta un valor de 1.000 U.F., que cuenten con los requisitos para obtener el subsidio del Estado*”.

⁶⁴⁶ Informe de la Comisión de Vivienda y Desarrollo Urbano sobre el proyecto de ley que modifica la LGUC con el objeto de facilitar la construcción de viviendas sociales (Boletín Nº 3.172-14), de 15.01.2003, p. 3. Cabe señalar que el Gobierno anunció que estar sería una medida transitoria porque existía “...la intención gubernamental de dar una solución global y definitiva a este problema, contenida en un anteproyecto de ley que se encuentra, en estos momentos, en la Secretaría General de la Presidencia de la República”; en paralelo, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo estaría “...elaborando una política de suelo urbano, que persigue unir el trabajo de planificación urbana, a través de los planes reguladores, con temas tales como la provisión de suelo” (*Ibid.*:6). En definitiva, no ocurrió ni lo uno ni lo otro.

“toma” y radicarlas en esos terrenos (tanto por el precedente que ello suponía⁶⁴⁷ como por el costo que tenía dicho terreno⁶⁴⁸). La mayoría pretendía permanecer en Peñalolén, pero el SERVIU sólo pudo adquirir terrenos en dicha comuna a precios compatibles con la edificación de viviendas sociales para menos de la mitad de las familias. Ante ello, optó por adquirir dos parcelas en un sector conocido como “Comunidad Ecológica”, que estaban dentro del rango de precio posible pero con una densidad restringida a no más de 50 hab/ha (lo que explicaba su bajo valor). La idea era incrementar la densidad y los usos de suelo a través del procedimiento del art. 50 LGUC para edificar allí 904 viviendas sociales, lo que resolvería la situación⁶⁴⁹. Sin embargo, esta decisión generó críticas de vecinos de la comuna y de un grupo de desarrolladores inmobiliarios que tenían terrenos en el mismo sector (y temían la depreciación de sus futuros proyectos). Finalmente, el 04.03.2004 todos los interesados suscribieron un “Protocolo de intenciones, entendimiento y buena voluntad”, donde se acordaron fundamentalmente los siguientes compromisos:

- El SERVIU enajenaría las parcelas de la Comunidad Ecológica a favor de los desarrolladores inmobiliarios y éstos, a su vez, pondrían a disposición del SERVIU otros dos terrenos en Peñalolén para que fueran destinados a la construcción de viviendas sociales⁶⁵⁰;
- Los desarrolladores aportarían un fondo de dinero para distribuir a las familias que iban a ser beneficiarias de las viviendas a construirse en las parcelas enajenadas por el SERVIU, que éstas sólo podrían emplear para

⁶⁴⁷ En 1996 se expropió un predio para radicar otra “toma” realizada en 1992, por los habitantes del campamento “Esperanza Andina”, en la misma comuna, opción validada por los dictámenes de Contraloría N° 12.261/1996 y N° 16.808/1996. La negativa a repetir este mecanismo se fundaba en evitar que este tipo de soluciones estimularan más ocupaciones ilegales deslegitimando el mecanismo regular de postulación a subsidios habitacionales. Con todo, hay ejemplos de radicaciones posteriores, como el D.S. N° 229/2010, V. y U. (D.O. 11.02.2010), que con toda transparencia aprueba un «...programa de expropiaciones en la región de Valparaíso para los años 2010 y siguientes para la ejecución del proyecto “Los Colonos” destinado a la radicación de 300 familias que viven en situación de toma en dichos terrenos, comuna de Quilpué».

⁶⁴⁸ *Infra* nota 653.

⁶⁴⁹ En efecto, el resto se distribuiría en otros proyectos: otras 672 familias serían localizadas en los demás terrenos adquiridos en la misma comuna y 140, en la vecina comuna de La Florida. Sumados a los otros 904 implica proyectos habitacionales para un total de 1.716 familias.

⁶⁵⁰ Los terrenos se valoraron en precios relativamente semejantes: 0,7881 U.F. el m² de las dos parcelas del SERVIU, y 0,9283 U.F. y 0,9276 el m² los terrenos ofrecidos por los desarrolladores.

adquirir una vivienda como complemento del subsidio estatal (lo que evitaría su desplazamiento a la periferia)⁶⁵¹;

- La Municipalidad y el SERVIU promoverían una modificación del plan urbanístico comunal para incrementar la densidad de las parcelas de la Comunidad Ecológica a 100 hab/ha, con un uso de suelo habitacional mixto, cambio que también apoyarían los vecinos de ese sector; los desarrolladores velarían porque los proyectos inmobiliarios que allí se construyesen se diseñasen "...en la forma más armónica posible con las construcciones de la comunidad"⁶⁵².
- El SERVIU no consideraría en futuras adquisiciones de inmuebles para construir viviendas sociales aquéllos "ubicados al interior de la Comunidad Ecológica de Peñalolén u otros en sectores aledaños a los desarrollos inmobiliarios existentes a esa fecha", y velaría por transformar el terreno invadido, una vez que fuese desocupado, en un área verde⁶⁵³.

Este ejemplo demuestra cómo el SERVIU especuló con la compra de terrenos y la posibilidad de una posterior recalificación, generando recursos que antes no tenía y sin los cuales no podría haber resuelto este problema, que no era sino una expresión de una política de vivienda impotente ante la expulsión a la periferia generada por el valor del suelo urbano. El art. 50 de la LGUC fue la vía que permitió considerar la compra de terrenos que, de no existir esta herramienta, habrían sido inviables, y si bien luego no se empleó abrió paso a un compromiso para modificar la zonificación urbanística de los terrenos con una redacción que

⁶⁵¹ Este fondo se entregó a una ONG de la Iglesia Católica ("Un techo para Chile", <http://www.untechoparachile.cl/>), que actuó como intermediaria debido a que ni el SERVIU ni el municipio tenían facultades para ello.

⁶⁵² El texto añade que se favorecería «...una transición gradual entre la urbanización "dura" actualmente existente en los condominios, y la "blanda" presente en la Comunidad, introduciendo gradualmente, a vía de ejemplo, cercos o muros amigables, luminarias de baja altura y elementos que permitan la integración fluida con dicha Comunidad».

⁶⁵³ El terreno en cuestión se encontraba en la época de la toma en una disputa judicial acerca de su propiedad y el probable dueño pedía 4 UF por m² por el terreno, en circunstancias que el MINVU compraba terrenos para construir vivienda social en ese entonces a un costo de 0,6 UF por m² (ULLOA & ZUNINO, 2009:16). De allí que fuese descartada, como ya indicamos, su adquisición. Con todo, en virtud del acuerdo de 2004 el SERVIU procedió a expropiar este inmueble por Resolución N° 576/2005, de 15 de noviembre. La comisión de peritos designada al efecto estimó el valor del suelo en 0,338 UF por m², cifra impugnada por la expropiada conforme los arts. 12 y 39, inc. 4°, del D.L. 2.186/1978, que aprobó la Ley Orgánica de procedimiento de expropiaciones (D.O. 09.06.1978). La sentencia de primera instancia, de 14.09.2007, incrementó este valor a 7,5 UF por m², criterio confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia Rol N° 7617/2007, de 01.04.2008, y luego revocado por SCS de 14.07.2010, que lo dejó en 2,5 UF. Cabe señalar que la Municipalidad modificó la zonificación del terreno transformándolo en un parque comunal mediante el Decreto Alcaldicio N° 2100/5247, de 23.11.2005 (DO. 26.11.2005).

suponía una obligación de medios y no de resultado⁶⁵⁴, de manera que puede entenderse admisible al no implicar una “disposición” de la potestad planificadora, tanto más que para ello debía seguirse el procedimiento ordinario de modificación —con todas sus garantías— y no el del art. 50 LGUC⁶⁵⁵. No parece admisible, en cambio, la renuncia a considerar ciertos terrenos para proyectos de viviendas sociales, pues implica una renuncia *ex ante* a la potestad planificadora (lo que no quita que una eventual infracción de este compromiso pudiese dar pie a una demanda por responsabilidad patrimonial de la Administración). Por último, queda en la opacidad la ecuación económica que permitió alcanzar un acuerdo. Las ventajas de éste son claras para los actores públicos y las familias de la “toma”, pero ¿qué ganaron los inmobiliarios? Por un lado, proteger las expectativas de los proyectos inmobiliarios que habrían visto disminuido su atractivo —y su valor de venta— y, por otro, adquirir dos predios que permitirían, en el futuro, desarrollar nuevos proyectos gracias al compromiso de modificar su densidad y usos. Ignoramos el valor económico de ambas medidas, pero su cuantía es clave para saber si realmente fue o no una buena solución para el interés general. En efecto, es evidente que el fondo aportado por los desarrolladores no era una donación. De hecho, su cuantía dependía de si el SERVIU adquiría o no los dos terrenos que ellos ofrecían (y que, en definitiva, fueron adquiridos), según rezaba el acuerdo:

- “1) Si no se opta por ninguno de los terrenos: el fondo será equivalente a 105.768 UF.
- 2) Si se opta por ambos terrenos: el fondo será equivalente a 46.449 UF.
- 3) Si se opta sólo por “Los Huasos”: el fondo será equivalente a 86.229 UF”.

⁶⁵⁴ El MINVU se comprometió a “Patrocinar e informar favorablemente la modificación de los instrumentos de planificación territorial vigentes en la comuna, con el objeto de liberar a las parcelas 2 y 12, que están dentro de la Comunidad Ecológica, del seccional correspondiente y las demás que integran la misma franja, que en la actualidad están afectadas por a restricción de densidad de 25 y 50 hab/ha, favoreciendo en todo caso una densidad de 100 hab/ha y un uso de suelo habitacional mixto. Dicha modificación contemplará la redefinición de los deslindes de dicho instrumento, dejando fuera la franja indicada”. La Municipalidad declaró su voluntad de “promover” esta modificación, para liberar de las restricciones a ambas parcelas “y eventualmente las demás que integran la misma franja”, redefiniendo los deslindes de esta zona y “dejando fuera la franja indicada”.

⁶⁵⁵ Se trata de una suerte de convenio de planeamiento, en los cuales “...nunca se legitiman obligaciones de resultado para la Administración, que sigue manteniendo la plena libertad para valorar y adoptar las soluciones que, además de ser legales, mejor convengan al interés público. De este modo, a lo único que obligan los convenios de planeamiento es a poner en marcha las potestades administrativas tendientes a la modificación o revisión del planeamiento vigente sin prejuzgar, insistimos, en ningún caso el resultado y las soluciones finales dimanantes del ejercicio de aquéllas potestades” (MUÑOZ M. & LÓPEZ B., 2009:232).

De esto se desprende que los desarrolladores estimaban que la venta de los terrenos al precio referencial acordado envolvía una “rebaja” de precio⁶⁵⁶ que debía deducirse del fondo y que, en definitiva, el aporte pagado era de 105.768 UF o € 3.173.040, de modo que este era el valor mínimo en que cifraban lo que se les entregó (si bien probablemente era más, pues sería lógico que proyectasen una utilidad). Cabe señalar que el terreno que fue objeto de la toma fue expropiado y la indemnización, impugnada judicialmente, fue fijada por la Corte Suprema en 2,5 UF por m². Si aplicamos ese valor a las parcelas cedidas por el SERVIU, una vez efectuado el cambio del plan, ocurre que la revalorización de esas 10,45 correspondería a 1,7119 UF por m² (la diferencia entre las 2,5 UF de la sentencia de 2010 y las 0,7881 del valor que asignó el SERVIU en el acuerdo de 2004), algo más de un 217 % de incremento correspondiente a 178.894 UF, nada menos que € 5.366.807. Un pingüe negocio para los privados.

En definitiva, si bien esta estrategia mantuvo a los pobladores en la localización referencial que buscaban y permitió una captura parcial de plusvalías para la Administración, está lejos de servir de paradigma, particularmente por la atenuada intervención del gobierno local, la ausencia de participación ciudadana formal (no olvidemos que estamos hablando de una relevante modificación del plan urbanístico), la exagerada discrecionalidad con que actuaron las autoridades, la opacidad económica de la solución (poco conveniente, por lo demás, para el interés general) y su desconocimiento implícito del principio de igualdad, pues los grupos favorecidos obtuvieron mucho más que los que postulan pacientemente a los programas regulares de subsidio habitacional⁶⁵⁷. Una historia para no repetir que no hace sino mostrar la enorme debilidad de la gestión urbanística en Chile.

c) Medios para incrementar y gestionar el suelo público

El sistema chileno no ha desarrollado los derechos de adquisición preferente en materia urbanística, lo que no es raro considerando que éstos apenas se encuentran esbozados en otros ámbitos sectoriales, como la venta de bienes declarados “monumento histórico”⁶⁵⁸, los documentos y otros elementos materiales

⁶⁵⁶ Equivalente a la diferencia entre lo que se aportaría en caso de no adquirirse ningún terreno y lo que se aportaría en caso de adquirirse ambos, esto es, 59.319 UF o € 1.779.570.

⁶⁵⁷ Pueden verse críticas en esta línea en LIBERTAD Y DESARROLLO, 2004.

⁶⁵⁸ El artículo 15 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales (DO 04.02.1970), establece que “En caso de venta o remate de un Monumento Histórico de propiedad particular, el Estado tendrá preferencia para su adquisición, previa tasación de dos peritos nombrados paritariamente por el Consejo de Monumentos Nacionales y por el propietario del objeto. En caso de desacuerdo, se nombrará un tercero por el Juez de Letras de Mayor Cuantía del departamento del domicilio del vendedor. / Las Casas de

“indispensables para los intereses nacionales”⁶⁵⁹ y otros bienes de interés cultural⁶⁶⁰. La antigüedad de estas normas —datan de entre 1966 y 1972, o sea, entre 44 y 38 años atrás— y su parca y fácilmente vulnerable regulación (que no considera el retracto) no hace sino evidenciar la desatención legislativa de estos instrumentos. No debe sorprender, pues, que en materia de suelo y vivienda no exista nada.

Tampoco existe la posibilidad de establecer reservas de suelo público, pero la amplitud de la potestad expropiatoria del art. 51 de la Ley N° 16.391 lo hace casi innecesario. En efecto, la forma en que se hace efectiva esta declaratoria de utilidad pública deslegaliza del todo esta garantía. En efecto, se dicta un D.S. del MINVU que aprueba un programa de expropiaciones para una finalidad más o menos genérica y se indica la superficie de los inmuebles a expropiar⁶⁶¹. En el caso de la Región Metropolitana, que incluye a la capital, las expropiaciones del SERVIU de esta región se siguen haciendo a cuenta del programa de 250 ha que fijó el D.S. N° 303/2000, V. y U. (“Aprueba el programa de expropiaciones en la Región Metropolitana para los años 1997 y siguientes”⁶⁶²), vale decir, una norma dictada

Martillo deberán comunicar al Consejo de Monumentos Nacionales, con una anticipación mínima de 30 días, la subasta pública o privada de objetos o bienes que notoriamente puedan constituir monumentos históricos, acompañando los correspondientes catálogos. El Consejo tendrá derecho preferente para adquirirlos. / Corresponderá a la Dirección de Casas de Martillo aplicar las sanciones a que haya lugar”.

⁶⁵⁹ El art. 13, inc. 3°, de la Ley N° 16.592 (D.O. 21.12.1966), que creó la Dirección de Fronteras y Límites del Estado, sigue el molde de la norma citada precedentemente, señalando que: “Las Casas de Martillo deberán comunicar al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Biblioteca Nacional, con anticipación de treinta días, la subasta, pública o privada, de obras, folletos, mapas y cualquier otro impreso, de los referidos en el inciso 1° de este artículo [“...documentos, mapas y otras piezas originales así como... los libros y otros elementos materiales indispensables para los intereses nacionales...”], acompañando los correspondientes catálogos. Las reparticiones señaladas tendrán derecho preferente para adquirirlos”.

⁶⁶⁰ Nos referimos a la Ley N° 17.726 (DO 25.09.1972), que establece un derecho de adquisición preferente en favor de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, y del Director de la Biblioteca del Congreso Nacional, tratándose de remates de libros, manuscritos y otros impresos que se subasten, y a la Ley N° 17.929 (DO 13.06.1973), que en su art. 8° e) hace lo propio tratándose de subastas de instrumentos antiguos y órganos declarados de interés artístico nacional, aplicando en tales casos el artículo 15 de la Ley N° 17.288, de 1970 (*supra* nota 658).

⁶⁶¹ En el del D.S. N° 303/2000, V. y U., el texto dispositivo es de una parquedad que ahorra comentarios: “Decreto: / 1°.- Apruébase el siguiente programa de expropiaciones en la Región Metropolitana para los años 2000 y siguientes: / - Inmuebles: 250 hectáreas / 2°.- El presente decreto se publicará en el Diario Oficial y en un periódico de cada provincia de la Región Metropolitana en que lo hubiere. / Por razones de urgencia, la Contraloría General de la República se servirá tomar razón del presente decreto en el plazo de cinco días”.

⁶⁶² Este es el objeto del programa aprobado por el D.S. N° 303/2000, V. y U. (D.O. 04.12.2000).

hace más de una década⁶⁶³. Hay otros casos en que se indican finalidades específicas acordes a programas concretos, lo que parece acomodarse mejor con el art. 50 de la Ley N° 16.931. Por ejemplo, el D.S. N° 423/2009, V. y U., aprobó los “programas de inversión sobre Saneamiento de Aguas Lluvia, Vialidad Urbana y Programa de Recuperación de Barrios en la Región del Bío Bío” señalando en una tabla el uso que se daría a los 645.310 m² de suelo allí incluidos⁶⁶⁴.

Es más, Contraloría ha declarado que estos D.S. son exentos del trámite de toma de razón⁶⁶⁵ y ni siquiera son firmados por el Presidente, pues éste delegó su firma en el Ministro de Vivienda y Urbanismo⁶⁶⁶. Este mecanismo equivale a declarar la utilidad pública de todo el suelo de la región, prácticamente, si bien la concreción en un inmueble específico exige la resolución correspondiente. En consecuencia, la herramienta expropiatoria tiene un vigor enorme (si bien la forma en que opera es de una legalidad muy discutible). Si no se ha empleado más ha sido por falta de voluntad o escasez de recursos financieros.

Por último, tampoco en Chile se ha empleado el derecho de superficie como un medio para desarrollar proyectos inmobiliarios sobre suelo público. Por un lado, el Cc omitió regular el derecho de superficie, subsistiendo ese vacío hasta la fecha; por otro, el único modelo que promueve la política de vivienda es el de la vivienda en propiedad⁶⁶⁷. La casi unanimidad de la doctrina defiende el *numerus clausus* en

⁶⁶³ A modo de ejemplo pueden verse las resoluciones exentas N° 1.314/2009, de 2 de marzo, y N° 7.276/2009, de 23 de octubre, ambas del SERVIU de la Región Metropolitana, que expropiaban inmuebles concretos invocando la declaratoria de utilidad pública del año 2000.

⁶⁶⁴ D.O. 24.02.2009. En este caso se consignan algunos polígonos concretos (p. ej., uno de 131 m² para una conexión vial) y otros paños indeterminados (p. ej., uno de casi 370 mil m² para el mejoramiento de otra interconexión). Como ejemplo puede verse el siguiente cuadro:

Nombre del Proyecto	Mt2
Mejoramiento Acceso a Los Angeles (todas las etapas)	13.091
Corredor Transporte Público Talcahuano. (todos los tramos)	70.626
Corredor Transporte Público Coronel (todos los tramos)	47.754
Mejoramiento Interconexión Tumbes	369.012
Mejoramiento Avenida Chillan Viejo-Chillan (todas las etapas)	4.881
Mejoramiento Paso Inferior Andalién	3.418

⁶⁶⁵ Dictamen N° 26.533/2008 de Contraloría General de la República.

⁶⁶⁶ Así lo dispone el N° 1.9. de la parte I del artículo 1° del D.S. N° 153/1983, V. y U. (D.O. 31.10.1983), que regula diversas delegaciones de firma en las autoridades del sector vivienda, agregado por la letra d) del artículo único del D.S. N° 91/1994, V. y U. (D.O. 12.07.1994).

⁶⁶⁷ Salvo excepciones puntuales como las viviendas públicas destinadas a adultos mayores. En efecto, el ahora derogado D.S. N° 62/1984, V. y U. (D.O. 20.06.1984) facultaba a los SERVIU en su Título VI (agregado por el D.S. N° 89/1987, V. y U., D.O. 21.07.1987, y luego reemplazado por el D.S. N° 150/1990, V. y U, D.O. 15.10.1990) para destinar hasta el

materia de derechos reales (por todos, ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, 1993, T. II:241-245), pero hay quien disiente y estima que sería lícito que los particulares creasen un derecho de superficie por escritura pública inscribiéndolo en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces⁶⁶⁸ o, en último caso, que lo pactasen como una servidumbre voluntaria⁶⁶⁹ (BORZUTZKY A., 1972: 191-199)⁶⁷⁰. Con todo, debe señalarse que el Decreto Ley N° 1.939/1977, sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado⁶⁷¹, permite al Fisco entregar inmuebles en concesión por hasta 50 años (art. 62)⁶⁷², plazo que podría permitir efectos análogos a los que permite el derecho de superficie. De igual manera, podría emplearse para ello la Ley N° 19.865, de 2003, que establece y regula el sistema de financiamiento urbano compartido⁶⁷³, pues éste permite a los SERVIU celebrar con terceros *“...contratos de participación, destinados a la adquisición de bienes o a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, a cambio de una contraprestación, que podrá consistir en otorgar a aquéllos derechos sobre bienes muebles o inmuebles, la explotación de uno o más inmuebles u obras”* (art. 1°). En efecto, las prestaciones que pueden recibir los SERVIU incluyen la ejecución de obras urbanas o de dinero⁶⁷⁴, y las

equivalente al 2% de su programa anual de viviendas para la atención de postulantes de 60 años y más, pudiendo consultarse para ellos “viviendas con características especiales” (art. 27). A los postulantes seleccionados se les entregaría una vivienda “en arrendamiento o en comodato, por un plazo de dos años, el que se renovará por períodos iguales siempre que se acredite ante el SERVIU la supervivencia del beneficiario” (art. 28). El régimen de comodato correspondía a los postulantes pertenecientes “al primer o segundo quintil de vulnerabilidad social, de acuerdo al puntaje obtenido en el instrumento de caracterización socioeconómica vigente”. Posteriormente se incorporó un sistema de comodatos al Servicio Nacional del Adulto Mayor en el Título VIII del mismo Reglamento (arts. 36 a 38, agregados por el D.S. N°227/2008, V. y U., D. O. 17.04.2008).

⁶⁶⁸ El art. 53 N° 2 del Reglamento del Registro Conservatorio permite inscribir “Todo gravamen impuesto en ellos que no sea de los mencionados en los números 1° y 2° del artículo anterior, como las servidumbres”, esto es, todo gravamen que no sea de aquéllos que en virtud del art. 52 deben inscribirse obligatoriamente (entre los que, claro está, no se encuentra el derecho de superficie).

⁶⁶⁹ El art. 880, inc. 1°, del Cc establece que “cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al orden público, ni se contravenga a las leyes”.

⁶⁷⁰ Puede verse una convincente crítica de la tesis de BORZUTZKY A. en ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, 1993, T. II:247-254.

⁶⁷¹ D.O. 05.10.1977.

⁶⁷² Conforme lo dispuso la Ley N° 19.606 (D.O. 14.04.1999), que en su art. 10 reformuló las normas sobre concesión onerosa de inmuebles fiscales.

⁶⁷³ D.O. 01.04.2003.

⁶⁷⁴ El artículo 6° de esta Ley dispone lo siguiente: “El sistema de financiamiento urbano compartido regulado por la presente ley, permitirá recibir del participante adjudicatario una o más de las siguientes prestaciones, según se establezca en las bases de la licitación: / a) La ejecución, la operación o la mantención total o parcial de una obra por un período determinado; / b) La entrega en propiedad de uno o más bienes inmuebles; / c) La entrega

contraprestaciones que pueden entregar incluyen la explotación de bienes u obras por un período determinado —pudiendo el tercero percibir los beneficios de la explotación— y el derecho *“al uso o goce de uno o más bienes muebles o inmuebles por un período determinado”*⁶⁷⁵.

Hay, pues, herramientas, pero como ya señalamos no ha existido interés en utilizarlas para implementar una política de vivienda pública en alquiler. Refuerza este punto lo dificultoso que resultó para el sector público administrar la cartera de deudores de los créditos que los SERVIU otorgaron directamente hasta 2003 para adquirir viviendas sociales. En efecto, CORVI, CORHABIT y luego los SERVIU estaban autorizados para otorgar créditos hipotecarios —aún hoy los SERVIU podrían concederlos, en su calidad de sucesores de aquéllas, art. 26 D.L. N° 1.305/1975— y acumularon una cartera de créditos con una altísima morosidad⁶⁷⁶, en parte por un mal diseño de algunos programas, en los que se otorgaban préstamos aceptando declaraciones juradas de ingresos que impedían evaluar el riesgo, en parte por percibirse que el Estado era un acreedor que difícilmente extremaría las medidas de cobro (mal podría dejar en la calle a una familia si sus esfuerzos apuntaban a facilitar el acceso a la vivienda). En ese contexto la recaudación menguaba y el costo de la cobranza (externalizada desde 1988) era cada vez más alto en relación a lo recaudado. Este panorama llevó a implementar una política de condonación de créditos (en algunos casos automática, en otros previo un copago) que extinguió la deuda de casi el 70% de los 262.755 deudores

en propiedad de uno o más bienes muebles que estén destinados a los fines del contrato de participación; / d) El uso o goce, por un período determinado, de uno o más bienes inmuebles; / e) El uso o goce, por un período de tiempo determinado, de uno o más bienes muebles que estén destinados a los fines del contrato de participación, y / f) Una suma de dinero, adicionalmente a una o más de las anteriores”.

⁶⁷⁵ El artículo 7° de esta Ley dispone lo siguiente: “Mediante el sistema de financiamiento urbano compartido regulado por la presente ley, los organismos establecidos en el artículo 1° podrán entregar al participante una o más de las siguientes contraprestaciones, según se establezca en las bases de la licitación: / a) La explotación total o parcial de uno o más bienes u obras por un período determinado, pudiendo percibir los beneficios de la explotación; / b) El derecho al uso o goce de uno o más bienes muebles o inmuebles por un período determinado, y / c) La entrega en propiedad de uno o más bienes muebles o inmuebles. Los contratos de participación no podrán comprometer recursos financieros públicos, actuales o futuros, ni podrán realizar otras contraprestaciones que las señaladas en este artículo. / Al celebrar o modificar un contrato de participación el SERVIU o la Municipalidad, según corresponda, deberá velar por la adecuada equivalencia de las prestaciones o contraprestaciones comprometidas”.

⁶⁷⁶ Este problema se concentraba en el programa de vivienda básica. Al año 2000 el 69% del total de deudores hipotecarios del SERVIU estaba moroso y un 40% tenía más de 12 meses de dividendos hipotecarios impagos (RAVINET D., 2004:134).

hipotecarios de los SERVIU entonces existentes⁶⁷⁷ y a dar por terminado el otorgamiento directo de tales créditos por el sector público. En efecto, desde 2003 la política habitacional chilena diferencia entre las viviendas dedicadas a los sectores con menores recursos —quienes deben reunir una cantidad en concepto de ahorro previo, financiando el saldo del precio un subsidio estatal— y las destinadas a los sectores socioeconómicos medio bajo o medios —que además del ahorro previo deben obtener un crédito en la banca privada— (RAVINET D., 2004). Esta reciente experiencia sugiere que probablemente el Estado no sería mucho más hábil para cobrar alquileres y terminaría por resignarse y regularizar las propiedades a nombre de los arrendatarios.

2.1.3. El suelo público en otros sistemas comparados

a) Francia y las Zones d'aménagement différé (ZAD)

Zonas de ordenación diferida creadas en la periferia urbana francesa (zone d'aménagement différé, ZAD, que arrancan de la Ley de 26.07.1962) pues los propietarios incluidos en ellas que desean vender su inmueble deben previamente ofertárselo a la Administración (municipio y en algunos casos otros organismos estatales, pudiendo el nivel central subrogarse al Municipio para adquirir el terreno) quien tiene preferencia para adquirirlo por sobre cualquier otro oferente

⁶⁷⁷ Las cifras son del MINVU, y corresponden a la aplicación del D.S. N° 96/2005, V. y U. (D.O. 09.06.2005) entre abril de 2005 y agosto de 2006, periodo en que egresaron 180.542 deudores del sistema, de manera que el número de deudores se redujo de 262.755 personas a sólo 82.213, concentrándose este beneficio en las familias indigentes y pobres. Debido a la complejidad de esta materia este reglamento requirió de sucesivos ajustes hasta que el proceso concluyó, como consta de los siguientes decretos: D.S. N° 127/2005, V. y U. (D.O. 21.07.2005); D.S. N° 170/2005, V. y U. (D.O. 07.10.2005); D.S. N° 10/2006, V. y U. (D.O. 08.03.2006); D.S. N° 64/2006, V. y U. (D.O. 13.05.2006); D.S. N° 134/2006, V. y U. (D.O. 07.07.2006); D.S. N° 153/2006, V. y U. (D.O. 18.08.2006); D.S. N° 215/2006, V. y U. (D.O. 31.10.2006); D.S. N° 238/2006, V. y U. (D.O. 22.11.2006); D.S. N° 326/2006, V. y U. (D.O. 08.02.2007); y D.S. N° 96/2007, V. y U. (D.O. 07.07.2007). Posteriormente se dictó el D.S. N° 111/2007, V. y U. (D.O. 27.06.2007), que concedió beneficios semejantes a otros deudores hipotecarios de viviendas sociales, también modificado a través de los D.S. N° 247/2007, V. y U. (D.O. 08.01.2008), D.S. N° 115/2008, V. y U. (D.O. 21.06.2008), D.S. N° 57/2009, V. y U. (D.O. 06.10.2009), y D.S. N° 64/2009, V. y U. (D.O. 04.01.2010), y luego el 67/2009, V. y U. (D.O. 13.03.2010) dispuso subvenciones para saldar las deudas de otro segmento. Finalmente, el D.S. N° 51/2009, V. y U. (D.O. 05.10.2009), aplicó análogos beneficios a titulares de subsidios habitacionales que contrajeron su deuda hipotecaria en la banca privada y se encontraban en situación de vulnerabilidad social (cuestión que excede la lógica que explicamos arriba, pues al ser créditos privados la evaluación de su solvencia y riesgo crediticio no corría por parte del Estado; sin embargo, el efecto comparación terminó por abonar la extensión de los beneficios a este tipo de situaciones).

(pudiendo pedir que el precio se fije judicialmente, en caso de parecerle excesivo). De omitirse el aviso opera el derecho de retracto, que faculta a la Administración para quedarse con la propiedad pagando el precio al tercero.

2.2. La regulación urbanística inclusiva y la movilización de plusvalías para concretarla

Una segunda vía que permite reducir la segregación socioespacial apunta a la regulación del suelo, particularmente el de titularidad privada. En el apartado anterior hemos analizado la actuación pública como un agente del mercado. Acá analizaremos la intervención del poder público en tanto regulador de los agentes que intervienen en el mercado del suelo.

2.2.1. El caso español

a) Directrices legales o reglamentarias para un planeamiento inclusivo

El primer aspecto que revisaremos será la de establecer directrices legislativas al planificador urbano para limitar la intensa discrecionalidad de que dispone, destacada por DELGADO B. al comentar que es amplísimo:

“...el campo de las soluciones entre las que hay que elegir, soluciones éstas que además son jurídicamente indiferentes: ¿qué puede decir el Derecho en cuanto a la elección de la orientación urbanística, agrícola o ganadera del Municipio o respecto de si el desarrollo de la ciudad ha de producirse al sur o al norte, o tendiendo al este o al oeste, o combinando varias de estas posibilidades, etc.? La elección, así, ha de producirse con criterios extrajurídicos —sociológicos, económicos, arquitectónicos, ecológicos, históricos, artísticos, etc.—, lo que evidencia la clara discrecionalidad del planeamiento” (DELGADO B., 1993:19).

En este contexto no es extraño que los jueces suelen restringir sus poderes optando por un control acotado del ejercicio de estas potestades, a saber, un “...examen negativo de interdicción de la arbitrariedad, que excluye sólo aquellas decisiones que no superan las exigencias de una mínima racionalidad” (RODRÍGUEZ DE S., 2000:93, cursivas en el original)⁶⁷⁸. Originalmente la LS 56 dejó en completa libertad

⁶⁷⁸ Como ejemplo puede verse la sentencia del TSJ de Madrid de 20 de enero de 1990, que desestima parte de un recurso afirmado que: “Los argumentos esgrimidos por los recurrentes no son bastante para justificar la inadecuación a Derecho de la calificación realizada por el Plan, porque ni prueban la existencia de desviación de poder ni la improcedencia de esas calificaciones. Todo lo más expresan una concepción distinta del urbanismo, o, si se prefiere, del modelo territorial a establecer, lo cual es cuestión

al planificador, lo que generó graves inconvenientes que llevaron a que la Ley 19/1975, de 2 de mayo, introdujera “...en el propio texto legal unos determinados criterios materiales de ordenación que los planes —generales y parciales sustancialmente— están obligados a respetar en todo caso, con lo cual la Ley asegura *ab initio* un mínimo inderogable de calidad de vida en el espacio urbano” (FERNÁNDEZ R., 2007:49-50). Son los estándares urbanísticos y las normas legales de directa aplicación⁶⁷⁹ (entre otros, MUÑOZ M. & LÓPEZ B., 2009:73-90, PARADA V., 2007:119-123, BAÑO L., 2009:118-124⁶⁸⁰ y FERNÁNDEZ R., 2007:49-55). Sin embargo, un paso antes de ambos pueden situarse directrices que ha empezado a impartir el legislador y que pueden diferenciarse de ambas figuras porque no operan como reglas —acudiendo a la socorrida distinción de ALEX⁶⁸¹— sino que, más bien, como principios o mandatos de optimización. Debe admitirse que la distinción respecto de las normas legales de directa aplicación, usualmente provistas de conceptos jurídicos indeterminados, puede ser más difícil, pero a diferencia de aquéllas no operan, como es lógico, en ausencia de planeamiento. RODRÍGUEZ DE S. ha subrayado que al mejor ordenamiento urbanístico posible:

“...sólo puede llegarse por un procedimiento que sirva al objeto de tener en cuenta y ponderar correctamente todos los intereses, públicos y privados, en juego”

perfectamente opinable, defendible y respetable, **pero que pertenece al mundo metajurídico de la decisión política en cuyo control, en cuanto pura decisión, los órganos jurisdiccionales no pueden entrar. La delimitación del suelo urbanizable se caracteriza por su discrecionalidad pues su horizonte se integra por los cuatro puntos cardinales.** En el supuesto litigioso, como ya se ha indicado, no se aprecia dato alguno que permita pensar que la solución adoptada resulte incongruente con la realidad de los hechos o implique una arbitrariedad de la Administración” (FJ 5, el destacado es nuestro).

⁶⁷⁹ En la LS 56 las normas legales de directa aplicación estaban contenidas en sus arts. 59 y 60; en el TRLS 76, en los arts. 72 a 74.

⁶⁸⁰ La doctrina y la jurisprudencia estiman que las normas legales de directa aplicación operan exista o no planeamiento aprobado, de manera que de existir prevalecen —en caso de incompatibilidad— sobre aquél. BAÑO L. propone reconsiderar este criterio a la luz del art. 10.2 TRLS 2008 e interpretar dichas normas como “límites jurídicos en los supuestos de ausencia de planificación” y no como “normas materiales de control del planeamiento urbanístico”, pues existiendo planeamiento hay un procedimiento complejo que procura asegurar la correcta ponderación de intereses y el juez en tal hipótesis debe limitarse a controlar dos extremos: “que la ponderación ha tenido en cuenta el interés ambiental y que la ponderación ha sido formalmente razonable”; por ello, “el control de las normas legales de directa aplicación basado en conceptos jurídicos indeterminados contra el plan, sólo puede producirse en el recurso directo y no en el indirecto ya que deben ser objeto del mismo tratamiento que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene dando a los defectos de procedimiento de las normas generales... Razones de seguridad jurídica exigen limitar el control jurisdiccional al recurso directo para poder equilibrar los intereses públicos, los derechos de quienes cumplan con la legalidad del plan, y el principio de legalidad” (BAÑO L., 2009: 123-4).

⁶⁸¹ **Cruzar referencia con capítulo 2.**

(RODRÍGUEZ DE S., 2000:53)⁶⁸². Sin embargo, “...el primer llamado a ponderar entre principios en situación de tensión recíproca (en especial, los de rango constitucional, pero no sólo ellos), mediante el establecimiento de reglas que los concreten y den prevalencia a unos sobre otros, en función de las circunstancias que deban considerarse determinantes para ello, es el legislador... una vez que el legislador se ha decidido en favor de una de ellas [de una prevalencia], a la misma quedan vinculados los órganos judiciales y los del poder ejecutivo” (RODRÍGUEZ DE S., 2000:54)

Aunque podría pensarse que la legislación estatal está impedida para establecer este tipo de directrices por falta de competencia legislativa, pues con ello invadirían el título competencial legislativo autonómico del art. 148.1.3 CE (“Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”), el art. 10.1 del TRLS 2008 establece “Criterios básicos de utilización del suelo” que operan en el sentido indicado, entendiéndose que ello es posible en virtud del título estatal del art. 149.1.1ª CE en tanto se trata de deberes básicos que son precisos para concretar las condiciones básicas de igualdad de todos los españoles, integrándose en la *“garantía de efectividad en la realidad que postula inexcusablemente el art. 9.2 CE”* (PAREJO A. y ROGER F., 2009:186, cursivas en el original):

“...son sólo, así, los básicos precisos para asegurar la efectividad del cuadro de valores y bienes constitucionales en punto a las condiciones mínimas que garanticen la igualdad de todos en la posición fundamental aludida. En consecuencia, la legislación sectorial reguladora de las acciones públicas administrativas con relevancia territorial y desde luego la autonómica de ordenación territorial y urbanística quedan comprometidas por el precepto legal a proseguir la tarea de concreción de los criterios rectores del proceso de definición del interés general territorial o urbanístico” (PAREJO A. y ROGER F., 2009:189).

Este artículo 10.1 establece tres exigencias a las Administraciones Públicas, en particular a las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, para “hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el Título I” del mismo TRLS 2008:

⁶⁸² Agrega este autor: «Ponderar implica, según se ha dicho, identificar los intereses en juego, asignar a cada uno de ellos la importancia que merecen y decidir sobre la prioridad entre unos y otros para el caso concreto. A todo ello hace referencia el... art. 38 RPU [Reglamento de Planeamiento Urbanístico, aprobado por RD 2159/1978, de 23 de junio, BOE núm. 221, de 15.09.1978] cuando alude a que hay que partir de “las conclusiones de la información urbanística” para “considerar todos los aspectos que puedan condicionar o determinar el uso del territorio” (datos que, en su caso, serán “resultado del trámite de información pública”...); que es necesario explicitar los “objetivos y criterios de la ordenación” para proceder al “examen y análisis ponderado de las diferentes alternativas contempladas”; y que todo ello “justificará el modelo elegido”» (RODRÍGUEZ DE S., 2000:54).

“a) Atribuir en la ordenación territorial y urbanística un destino que comporte o posibilite el paso de la situación de suelo rural a la de suelo urbanizado, mediante la urbanización, al suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen, impedir la especulación con él y preservar de la urbanización al resto del suelo rural.

b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa (...)

c) Atender, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, a los principios de accesibilidad universal, de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente”.

Este precepto contiene una ponderación legislativa de los derechos fundamentales que examinamos en el capítulo 2. Así, por ejemplo, el literal a) restringe la transformación de suelo rural en suelo urbanizado, esto es, la urbanización del suelo, *“...al suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen, impedir la especulación con él y preservar de la urbanización al resto del suelo rural”*. En otras palabras, invierte la ponderación legislativa contenida en la LRSV que, como vimos⁶⁸³, declaraba que, por regla general, el suelo era urbanizable, por otra en que la urbanización del suelo debe justificarse en necesidades concretas, de manera que más bien se impone un principio precautorio ante la urbanización del suelo. Esta valoración es coherente con el art. 2.2.b) del mismo TRLS 2008, conforme al cual *“en virtud del principio de desarrollo sostenible”* las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo deben proteger el medio rural y preservar *“los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística”*. En otras palabras, sólo debe urbanizarse el suelo necesario —lo que debe evaluarse de cara a los requerimientos efectivos de la población, que deberán justificarse— e idóneo para los usos requeridos —lo que depende de la aptitud para acoger usos propiamente urbanos, que también deberá evaluarse técnicamente— (PAREJO A. y ROGER F., 2009:192-197). Por ello, el art. 2.3 TRLS 2008 pide asegurar *“...un resultado equilibrado, favoreciendo o conteniendo, según proceda, los procesos de ocupación y transformación del suelo”*. Se trata del mismo espíritu que recorre los arts. 12 a 15 del TRLS 2008. Esta orientación representa una priorización del principio de desarrollo sostenible por sobre la libertad de empresa y el derecho de propiedad de quienes pretendan urbanizar el suelo.

⁶⁸³

Supra Capítulo 2, apartado 2.2.4.c).

Dejaremos el literal b) para más adelante. En cuanto al art. 10.1.c), PAREJO A. habla de una “estimativa básica” para la ordenación de los usos, que no es excluyente de otros valores que quiera incluir el legislador autonómico. Entre estos criterios conviene destacar:

- El principio de accesibilidad universal, según el cual “tanto las dotaciones, los equipamientos y las infraestructuras públicos o de uso abierto al público, como las construcciones, edificaciones, establecimientos o instalaciones que alberguen actividades (en especial las de residencia, producción, trabajo, educación, cultura, deporte, esparcimiento y ocio) deben i) estar localizados y distribuidos territorialmente (los primeros) como un sistema que facilite al máximo posible el acceso a y el disfrute y utilización por toda la población, atendiendo a las características de ésta (en especial las personas que padezcan discapacidades o sufran alguna dependencia) y ii) diseñados y organizados (los primeros y los segundos, cada uno de ellos) de modo que se haga posible el acceso y, por tanto, el uso por todas las personas, incluso las discapacitadas” (PAREJO A. y ROGER F., 2009:204-205, nota 52). Si bien el énfasis está puesto en la situación de discapacidad es evidente que este principio previene la exclusión social, sea a través de un planeamiento urbanístico que garantice un acceso fluido a las dotaciones, equipamientos o infraestructuras, sea mediante obras públicas que permitan levantar los obstáculos que dificultan el acceso de quienes no lo tienen en el presente.
- El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, según el cual deben considerarse “cuantos aspectos puedan impedir o siquiera dificultar dicha igualdad (para corregirlos) o demanden, en su caso, una regulación discriminatoria positiva (para establecerla)” (PAREJO A. y ROGER F., 2009:205, nota 53).
- El principio de movilidad, que apunta a la interacción de los usos “...atendiendo, para su adecuado desarrollo respectivo a la adecuada relación entre sus diversas localizaciones e intensidades, de un lado, y la capacidad y funcionalidad tanto de las vías e infraestructuras, como de los medios de desplazamiento o transporte para asegurar la adecuada fluidez de los flujos que originen o presupongan, con las consiguientes previsiones sobre los distintos medios de transporte, así como, en su caso, de aparcamiento de vehículos” (PAREJO A. y ROGER F., 2009: 205, nota 54). Tal como en el caso de la accesibilidad se trata de un principio que apunta a mitigar la exclusión derivada de la falta de transporte.

Este elenco de principios representa un nuevo límite a la discrecionalidad del planificador y también a la del legislador autonómico, que puede incrementarlo pero no reducirlo. Probablemente uno de los más consistentes ejemplos en esta

materia es el artículo 16 de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda⁶⁸⁴, que establece las siguientes “Directrices para el planeamiento urbanístico respecto a las viviendas”:

- “1. El planeamiento urbanístico debe ser coherente con las determinaciones de la planificación y la programación en materia de vivienda.*
- 2. En la calificación del suelo como residencial deben aplicarse los principios de respeto al medio ambiente, los de movilidad sostenible establecidos por la Ley 9/2003, de 13 de junio, de la movilidad, y los de integración de la vivienda en el entorno, a cuyo fin deben cumplirse las siguientes directrices:*
 - a) La elección de las ubicaciones y la ordenación deben tener en cuenta las condiciones geográficas y climáticas que pueden influir en el ahorro energético y en el mantenimiento de las viviendas.*
 - b) La fijación de las condiciones de edificación debe fundamentarse en los tipos de vivienda que la nueva ordenación prevea.*
 - c) Las parcelas edificables deben situarse en continuidad con el tejido urbano y debe evitarse que la ordenación genere dispersión en el territorio y exclusión social.*
 - d) Debe velarse para garantizar el derecho de todos los habitantes a disfrutar de condiciones de vida urbana y de hábitat que favorezcan la cohesión social y para asegurar en cada núcleo la coexistencia del uso residencial con otros usos y la diversidad de tipos de vivienda.*
 - e) La ordenación, como criterio general, debe procurar evitar que los ámbitos o sectores residenciales que se desarrollen se configuren como urbanizaciones con elementos que las cerquen”.*

Cabe señalar que estas disposiciones son coherentes con las adoptadas por el mismo legislador en el TRLUCataluña, especialmente en su art. 57.6 que dispone que las reservas para la construcción de viviendas de protección pública contempladas en los planes de ordenación urbanística municipal “...se tienen que emplazar evitando la concentración excesiva de viviendas de este tipo, de acuerdo con lo que establece el artículo 3.2⁶⁸⁵, con el fin de favorecer la cohesión social y evitar la segregación territorial de los ciudadanos por razón de su nivel de renta”. El cumplimiento de estas directrices deberá justificarse en una Memoria Social, un “instrumento de justificación razonada de las decisiones adoptadas en el planeamiento que repercuten en la vivienda” (art. 20.1 de la LDVCataluña).

⁶⁸⁴ BOE núm. 50, de 27.02.2008.

⁶⁸⁵ El artículo 3.2 TRLUCataluña señala que puesto que el suelo es un recurso limitado, desarrollo urbanístico sostenible “...comporta también la configuración de modelos de ocupación del suelo que eviten la dispersión en el territorio, **favorezcan la cohesión social**, consideren la rehabilitación y la renovación en suelo urbano, atiendan la preservación y la mejora de los sistemas de vida tradicionales en las áreas rurales y consoliden un modelo de territorio globalmente eficiente” (negritas nuestras).

De modo semejante la Ley Balear 5/2008, de 14 mayo, de actuaciones urgentes destinadas a la obtención de suelo para viviendas de protección pública⁶⁸⁶, junto con establecer reservas para vivienda protegida a través de normas subsidiarias y complementarias de planeamiento señala, en su art. 2º h), que dichas normas procurarán “...integrar las actuaciones para vivienda libre con las actuaciones destinadas a vivienda protegida o tasada de manera que se creen zonas residenciales socialmente cohesionadas y se fomente la mezcla de usos”. Otro ejemplo de este tipo es el art. 47.3 de la LOUPMRGalicia que encomienda al planificador efectuar las reservas de suelo para dotaciones urbanísticas “...en los lugares más adecuados para satisfacer las necesidades de la población, en orden a asegurar su accesibilidad, funcionalidad e integración en la estructura urbanística, de modo que no se ubiquen en zonas marginales o residuales”. Conviene recordar que el TRLS 2008 ya fija este criterio cuando señala que la legislación autonómica podrá fijar o permitir reservas inferiores de suelo para vivienda protegida “...siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social” (art. 10.1.b, párrafo 3º, negritas nuestras). Los criterios aludidos no agotan la discrecionalidad del planificador, que deberá ultimar su concreción en la realidad física que está llamado a regular, pero potencian notablemente las posibilidades de control contencioso administrativo. Para transparentar ante la ciudadanía como los ponderan —y posibilitar, así, su eventual impugnación— el TRLS 2008 señala, con rotundidad, que “El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve” (art. 3.1, inciso 2º).

Cabe señalar que el derecho francés ofrece un buen ejemplo de estas directrices —especialmente considerado por el legislador catalán— pues, inspirado en la materialización del “Derecho a la Ciudad”, exige de parte de todas las autoridades públicas garantizar a los habitantes de las ciudades condiciones que favorezcan la cohesión social y eviten la segregación, dando origen al principio de la “mixité urbaine et sociale”, fundamentalmente a partir de la Ley para la Orientación de la Ciudad, de 13 de julio de 1991⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ B.O. Illes Balears núm. 68, de 17.05.2008.

⁶⁸⁷ Loi N° 91-662, de 13 juillet 1991, d'orientation pour la ville (JO de 19.07.1991, rectificado en JO de 29.10.1991). El párrafo 1º de su art. 1º declara enfáticamente que: “Afin de mettre en oeuvre le droit à la ville, les communes, les autres collectivités territoriales et leurs groupements, l'Etat et leurs établissements publics assurent à tous les habitants des villes des conditions de vie et d'habitat favorisant la cohésion sociale et de nature à éviter ou à faire disparaître les phénomènes de ségrégation. Cette politique doit permettre d'insérer chaque quartier dans la ville et d'assurer dans chaque agglomération la coexistence des diverses catégories sociales”.

b) La vivienda protegida como estándar del planeamiento: inicios, rechazo inicial y consagración en la LS 2007

Los estándares urbanísticos son “...umbrales mínimos y, en algún caso, máximos infranqueables para las decisiones materiales de ordenación del planeamiento” (PAREJO A., JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA A., 1998:500). Se trata de determinaciones establecidas por el legislador que codifican previsiones para atender necesidades sociales mínimas en materias como equipamientos públicos o espacios libres, y que el planificador debe respetar en cualquier caso, de manera que representan elementos reglados de la potestad planificadora.

Los estándares constituyen un instrumento para asegurar una calidad urbana mínima y no estaban presentes en la LS 56, salvo en cuanto su art. 3.1.g) exigía una proporción de espacios libres para parques y jardines públicos en cada polígono no inferior al 10 por 100 de la superficie, ausencia que podía generar graves dificultades:

“...es fácil, por un lado, que los grupos de presión o los propietarios poderosos hagan valer sus intereses cuando el plan se redacta, en perjuicio del interés general, y, lo que más grave, que tengan escasas perspectivas de éxito los recursos que se emprendan por ilegalidad del plan, ya que el texto legal básico no contiene determinaciones que puedan confrontarse con las de aquél. Por otra parte, la ausencia de condicionamientos legales a la función planificadora pone en manos de la Administración una gran libertad respecto de la conformación o delimitación del derecho de propiedad, lo que puede resultar contrario a la garantía constitucional de dicho derecho, cuya definición corresponde a la Ley (arts. 33 y 53.1 CE) y no a normativas reglamentarias de categoría inferior” (MUÑOZ M. & LÓPEZ B., 2009:74-5).

De allí que la doctrina calificase su introducción como “...uno de los aspectos más sobresalientes de la reforma de la legislación urbanística operada por la Ley 19/1975, de 2 de mayo”, tributaria de la reforma italiana de 1967 que introdujo los *standar urbanistici ed edilizi* a la Ley urbanística de 1942 (GARCÍA DE ENTERRÍA & PAREJO A., 1979:183; SALVIA & TERESI, 2002:51-2)⁶⁸⁸ y de los arts. 6 y 24 del Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales de 1924 (GÓMEZ-FERRER M., 1971:25-27)⁶⁸⁹. El TRLS 92 mantuvo los estándares e incluso los incrementó (p. ej.,

⁶⁸⁸ Otra manifestación en la misma línea son los estándares de equipamiento comunitario para los *Grands Ensembles* franceses de la década de los 50 y sus posteriores actualizaciones, si bien hay críticas a su rigidez y automatismo (cfr. PAVEZ R., 1998).

⁶⁸⁹ Este Reglamento fue aprobado por R.D. de 14 de julio de 1924 y publicado en la Gaceta de Madrid núm. 198, de 16.07.1924. GÓMEZ-FERRER M. lo destacará en 1971 proponiendo la introducción de estándares urbanísticos en el derecho español, lo que ocurriría cuatro

en espacios libres) pero, como ya hemos explicado, la STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró que ésta era una materia que debía ser regulada por cada comunidad autónoma en su legislación urbanística. Por regla general, éstas últimas han mantenido la legislación supletoria vigente a 1997⁶⁹⁰, que —siguiendo a MUÑOZ M. & LÓPEZ B., 2009:76 y ss.— puede sistematizarse en:

- *Estándares de proporción mínima de suelo destinado al sistema general municipal de espacios libres (parques públicos y zonas verdes)*: El art. 12.1.b) TRLS 76 y el art. 25.1.c) RP pedían no menos de 5 m² de suelo por cada habitante, en relación al total de población prevista en el Plan. Algunas leyes autonómicas permiten elevar este estándar, como p. ej. el art. 10.1.A).c).1 LOUAndalucía o el art. 39.2 LOTRUSCantabria. La LuAragón, en tanto, excluye para este cómputo a los espacios naturales protegidos, las grandes zonas verdes suburbanas y las dotaciones locales (art. 40.1.b.1º). La LSMadrid y el TRLUCataluña emplean como mecanismo de cálculo la edificabilidad, a razón de 20 m² de suelo por cada 100 m² construidos, la primera (y exigiendo que estos espacios libres tengan “*dimensión suficiente y emplazamiento adecuado a su función estructurante*”, art. 36.5.a), y “...20 m² por

años más tarde (cfr. GÓMEZ-FERRER M., 1975). El mismo autor afirmaba que el contenido de los estándares de 1924 reproducía de forma casi literal la R.O. de 9 de agosto de 1923 (que tuvo una inspiración netamente sanitaria) y defendía la necesidad de limitar la discrecionalidad para formular planes urbanísticos “...estableciendo una regulación mínima de fondo —en forma de estándares urbanísticos— que fijara, entre otros aspectos, la proporción entre espacios libres y densidad de población, entre anchura de las calles y altura de las casas, mínimo de separación de bloques cuando se efectúa una ordenación de edificación abierta, terrenos destinados a patios de manzana cuando la ordenación sea de edificación cerrada, mínimo de anchura de las calles, y de espacio que debe dedicarse a aparcamientos colectivos, parques y jardines públicos, espacios libres de protección de carreteras... En la actualidad [1971], como hemos expuesto, sólo existe un mínimo previsto en relación a los dos últimos puntos...” (GÓMEZ-FERRER M., 1971:258-9).

690

Como ejemplo de innovación puede citarse el apartado 8 del art. 39 de la LsMadrid —introducido por la Ley 3/2007, de 26 de julio, de medidas urgentes de modernización del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, BOE núm. 241, de 08.10.2007— que recoge la norma legal de directa aplicación del art. 74 TRLS 76, a saber, la prohibición de edificar con una altura superior a tres plantas en tanto no existiese plan o norma urbanística que lo autorizase. Sin embargo, el apartado 1º de este precepto aplica este mandato incluso a los planes existentes, con lo que pasa a transformarse en una especie de estándar urbanístico con vigencia *in actum*, que limita la construcción de nuevos desarrollos urbanísticos a tres alturas más ático con la finalidad —según la exposición de motivos— “...de impulsar un nuevo modelo de ciudad más humano y de acabar con un urbanismo que ya no se corresponde con el desarrollo y con las aspiraciones de calidad de vida de la actual sociedad madrileña”. Con todo, en su párrafo 2º el texto permite a los Ayuntamientos “...autorizar la construcción de edificios singulares con una altura superior a la indicada en el párrafo primero, cuando concurren circunstancias especiales debidamente apreciadas y motivadas. Cuando esta autorización suponga la modificación del planeamiento vigente, será preciso el informe previo y favorable de la Comisión de Urbanismo de Madrid”.

cada 100 m² de techo admitido por el planeamiento urbanístico para uso residencial no incluido en ningún sector de planeamiento urbanístico”, la segunda (art. 58.1.f)⁶⁹¹.

- *Estándares mínimos en la ordenación detallada:*
 - o Parques y jardines públicos, zonas deportivas públicas y de recreo y expansión: El art. 13.2.b) TRLS 76 y el art. 45.1.c) RP pedían no menos del 10% de la superficie ordenada y 18 m² de suelo por cada vivienda *“o por cada 100 metros cuadrados de edificación residencial, si no se hubiera fijado expresamente el número de viviendas que se pudieran construir”*. También en este caso hay comunidades que han elevado el estándar, p. ej., el art. 36.1.a).3 y b) TRLOTENCanarias, en que puede llegar a 50 m² de suelo por cada 100 m² de edificación residencial predominante, o el art. 53.4.b) LOTUNavarra, que cifra el estándar en a 35 m² por vivienda o por cada 100 m² de uso residencial construido.
 - o Centros culturales y docentes públicos y privados: El art. 13.2.c) TRLS 76 y el art. 45.1.d) RP señalaban una proporción mínima de 10 m² por vivienda o por cada 100 m² de edificación residencial, esto último, *“si no se hubiere determinado expresamente el número de viviendas que se pudieran construir”* (art. 13.2.c) TRLS 76). El art. 50 del RP requería que estas reservas permitiesen formar unidades escolares completas que se distribuyesen *“...adecuadamente en el ámbito territorial del Plan Parcial, a fin de conseguir que la distancia a recorrer por la población escolar sea lo más reducida posible, debiéndose garantizar el acceso a las mismas tanto desde la red viaria como desde la red peatonal”*, lo que venía a configurar una suerte de garantía de accesibilidad. Sin embargo, lo usual es que la legislación autonómica suele tratarlo en conjunto con las dotaciones y equipamientos públicos (MUÑOZ M. & LÓPEZ B., 2009:79-80). Así, por ejemplo, el art. 54.4 b) LuAragón exige que los planes parciales reserven 5 m² de terreno por habitante *“para equipamiento docente, social o deportivo”*, debiendo los terrenos para equipamiento docente estar agrupados *“para formar unidades escolares completas”*, y el art. 65 TRLUCataluña establece una reserva para equipamientos de titularidad pública a nivel de planes parciales urbanísticos, exigiendo en los sectores de uso residencial *“un mínimo de 20 m² de suelo por cada 100 m² de techo,*

⁶⁹¹ Tratándose de planes parciales hay normas específicas en el art. 65 TRLUCataluña.

con un mínimo del 5% de la superficie del ámbito de actuación urbanística, además del suelo destinado a servicios técnicos, si procede” (ap. 3), y en los de uso no residencial, “un mínimo del 5% de dicha superficie, además del suelo destinado a servicios técnicos, si procede” (ap. 4). También está el caso del art. 53.6 LOTUNavarra que deja la concreción de la superficie destinada a equipamiento educativo o de salud, en cada caso, a la Administración de la Comunidad Foral⁶⁹².

- Aparcamientos: El art. 13.2.e) TRLS 76 y el art. 45.1.f) RP previeron un estándar mínimo de 1 plaza de aparcamiento por cada 100 m² de edificación. La legislación autonómica ha generado sistemas disímiles, tanto según la condición pública o privada del aparcamiento como según la calificación del suelo (MUÑOZ M. & LÓPEZ B., 2009:80-1). El art. 54.4 c) LuAragón exige que los planes parciales contemplen “Una plaza de aparcamiento por cada tres habitantes, debiendo localizarse, además, un veinte por ciento más de plazas en espacio de uso público, incluidos el subsuelo de redes viarias y espacios libres, siempre que no se menoscabe el uso de los mismos”. El art. 36.6.c) de la LSMadrid establece, en cambio, que el sistema de redes locales de un municipio debe contemplar, por cada 100 m² edificables o fracción de cualquier uso, 1,5 plaza de aparcamiento en el interior de la parcela privada, con algunas excepciones.
- Densidad máxima de viviendas: El TRLS 76 fijó un techo de 75 viviendas por ha —que en ciertos casos podía elevarse a 100—, precisando su cómputo el art. 47.3 RP. Hay leyes que lo mantienen, como la LuAragón (con algunas excepciones en su art. 53.2) y otras que lo han incrementado, como el TRLUCataluña (100 viviendas por hectárea, art. 58.7). Existen, también, sistemas que regulan la densidad limitando la edificabilidad, como el TRLOTAU que la restringe a 10.000 m² de edificación residencial por ha (art. 31.1.a), lo que es igual a 300 habitantes⁶⁹³ que, de estimarse en 4 por vivienda representarían las mismas 75 viviendas del TRLS 76 (cfr. MUÑOZ M. & LÓPEZ B., 2009:81-82).

⁶⁹² “La superficie destinada a equipamiento educativo o de salud se concretará en cada caso en función de las necesidades de la política educativa o sanitaria de la Administración de la Comunidad Foral a través de informe de los órganos correspondientes, previo a la aprobación provisional del Plan General Municipal”.

⁶⁹³ La Disposición Preliminar de esta ley calcula la densidad poblacional a razón de 3 habitantes por cada 100 metros cuadrados edificables residenciales (Nº 13).

Pues bien, en el contexto de estos estándares surgió la idea de transformar a las viviendas protegidas en uno de ellos, por la vía de exigir reservas de suelo para su emplazamiento. Un primer testeo judicial de esta idea se produjo a raíz de las Directrices de Planeamiento Territorial y Urbanístico para la revisión del Plan General de Ordenación Urbana del Área Metropolitana de Madrid, redactadas cumpliendo lo dispuesto por el RD Ley 11/1980, de 26 de septiembre⁶⁹⁴. Estas directrices perseguían facilitar la revisión de dicho Plan y los planes de los municipios integrados en dicha área —especialmente de cara a las novedades introducidas por el TRLS 76—, y consignaban la tendencia a la reducción del número de viviendas protegidas que se estaban construyendo y su “carácter centrífugo”, pues se concentraban en “los municipios más alejados del centro metropolitano, siendo en Madrid prácticamente nula”. Añadían que:

“...esta situación condujo no sólo a dificultar el acceso a la vivienda de amplios sectores de la población económicamente débiles que tenía sus puestos de trabajo en el centro de las poblaciones, sino además a **la profundización de la segregación social en el espacio**, que se realiza a través de una gradación especial de los precios de la vivienda, que acusa diferencias enormes entre el centro y la periferia metropolitana...” (lo destacado es nuestro).

Para enfrentar este fenómeno una de las directrices, la N^o 17, señalaba que “...los Planes Generales introducirán las determinaciones necesarias para favorecer en el nuevo desarrollo residencial la mayor diversidad posible de tipologías edificatorias y de tamaños de vivienda y en especial las viviendas de protección oficial, **a efectos de evitar la segregación social y acomodar la oferta a los deseos de la población**” (destacados nuestros). Este texto fue recurrido por diversos particulares que estimaban que el TRLS 76 no admitía que el planeamiento pudiera establecer como un uso específico el de vivienda protegida. En la primera sentencia que dictó a este respecto la Audiencia Territorial de Madrid, el 11 de enero de 1985, se estableció que el RD Ley 11/1980, de 26 de septiembre:

«... impone la redacción de unas Directrices para la confección de los Planes Generales Municipales, pero en modo alguno autoriza a que las Directrices hagan

⁶⁹⁴ BOE núm. 267, de 02.10.1980. Convalidado mediante Resolución del Congreso de los Diputados de 27 de octubre de 1980 (BOE núm. 267, de 06.11.1980). Ante la necesidad de revisar y adaptar el PGOU del Área Metropolitana de Madrid al TRLS 76, estas directrices de planeamiento territorial perseguían dar un tratamiento global al fenómeno metropolitano madrileño “...que permita establecer criterios de coherencia y compatibilidad de todo el proceso urbano metropolitano...”, por la vía de establecer “...los grandes criterios de la ordenación territorial para el ámbito metropolitano, enunciando las líneas de desarrollo futuro, la defensa del medio natural, así como la asignación, por grandes áreas, de la población, el empleo, las infraestructuras y los equipamientos de nivel metropolitano”.

decir a los Planes lo que los Planes no pueden decir según el sistema general del TRLS 76. Y lo cierto es que este Texto autoriza la asignación de las clases y destinos de los edificios (artículo 3.1.e) o la distribución de usos o actividades (artículo 8.2.a), o la fijación de usos pormenorizados (artículo 12.2.1.b), o de usos globales (artículo 12.2.2.b), o destino de viviendas o edificación residencial (artículo 13.2.b), etc., pero lo que en modo alguno autoriza la Ley del Suelo es que los Planes, una vez asignado el uso (en este caso de viviendas), impongan también un régimen especial para la construcción, como es el de viviendas de protección oficial, que implica limitaciones a la propiedad que, en el sistema de la Ley del Suelo, carecen de los necesarios mecanismos de compensación, por la sencilla razón de que dicho régimen es un régimen de fomento, de elección voluntaria, que la Administración trata de fomentar mediante el otorgamiento de ventajas no estrictamente urbanísticas, sino de financiación y fiscales. Por lo tanto, en la medida en que la directriz número 17 se interprete como autorizando a los Planes a vincular suelo al régimen de viviendas de protección oficial, es una directriz ilegal, por violar el sistema general establecido en la Ley del Suelo» (FJ 11)⁶⁹⁵.

Sobre esta base, entonces, se condicionó la licitud de la directriz a que fuese interpretada como un llamado a que los Planes Generales incluyesen determinaciones que favorecieran la construcción de viviendas protegidas “...perfectamente legales, como por ejemplo la que impusiera a los propios Ayuntamientos la obligación de destinar parte del suelo que reciban procedente de la cesión del 10% del aprovechamiento medio a la construcción de viviendas de protección oficial (u otro tipo de determinaciones en cualquier caso distintas a la que antes se ha calificado de ilegal)”. Así, sólo se anulaba la directriz:

“...en cuanto pueda ser entendida como autorizando a los Planes Generales Municipales a que vinculen suelo a la construcción de viviendas de protección oficial, pero dejándola subsistente en cuanto se entienda que impone la introducción de otras determinaciones para favorecer la construcción de viviendas de protección oficial. Y esta precisión anulatoria es inexcusable que se haga en la

⁶⁹⁵ En sentido semejante la misma Sala de la Audiencia Territorial de Madrid señaló, en sentencia de 2 de marzo de 1985, que: «...la competencia urbanística comprende la facultad de establecer la “clase y destino de los edificios”, pero no autoriza a imponer un régimen especial para su construcción y enajenación o alquiler, como es el propio de las viviendas de protección oficial, en el que, la legislación sectorial, sólo permite actuar mediante “técnicas de fomento” —exenciones y bonificaciones tributarias, préstamos anticipos sin interés, subvenciones a fondo perdido etc.—, y, prueba de ello es que los artículos 11 de la Ley del Suelo y 16 y 17 del Reglamento de Planeamiento, señalan como objetivos específicos de los Planes Generales en esta materia, la regulación detallada del uso de los terrenos o la regulación genérica de los diferentes usos globales y de sus niveles de intensidad según se trate de suelo urbano o suelo urbanizable, es decir, regulación de usos derivada de la clasificación y calificación del suelo que conforman el estatuto urbanístico del derecho de propiedad sobre las edificaciones...».

parte dispositiva de esta sentencia por la gran trascendencia que una ambigüedad de este tipo puede tener a la hora de redactar los Planes Generales Municipales, que necesariamente han de basarse en las Directrices que ahora se examinan” (FJ 11)⁶⁹⁶.

Recurrida la sentencia por la Administración el TS la confirmó, por sentencia de 1 de junio de 1987 (RJ 1987\5906), afirmando que los planes, en tanto normas de rango reglamentario, podían regular el derecho de propiedad «...porque el artículo 33.2 de la Constitución prevé que la función social de la propiedad delimitará su contenido “de acuerdo con las leyes”: así, no sólo la Ley sino también los Reglamentos —los Planes— ven abierto este campo a su regulación, aunque naturalmente éstos han de encontrar para sus determinaciones la necesaria base legal —“de acuerdo con las leyes” exige la Constitución—. Pues bien, el art. 3.1.e) del TRLS 76:

«...habilita al Plan, efectivamente, para determinar “la clase y destino de los edificios” con criterios urbanísticos, pero no para establecer un régimen especial de construcción, enajenación o arrendamiento de aquéllos, materia ésta que en la legislación sectorial específica es objeto de un tratamiento consistente en medidas, precisamente, de “fomento”. / Y en esta línea, cuando la normativa urbanística se ha proyectado sobre las viviendas de protección oficial —RD Ley 3/1980, de 14 de marzo—, ha seguido el mencionado camino, articulando distintas medidas con la finalidad de “fomentar” la construcción de dichas viviendas. / **El sentido de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia discurre pues, por el cauce del fomento y no por el de la técnica urbanística de la vinculación del suelo**» (FJ 3, destacado en el original).

Concluyó el TS que “...la finalidad perseguida por la directriz N° 17 —evitar la segregación social— es perfectamente plausible. A su logro puede conducir la utilización en este sentido de los terrenos a ceder en virtud de las prescripciones urbanísticas —artículos 84.2 y 3 b) del TRLS 76 y 46.3. b) del Reglamento de Gestión—. Pero, **con la normativa vigente, no le es dado al planeamiento, en cuanto regulación reglamentaria, abrir nuevos cauces limitando la propiedad**

⁶⁹⁶ La sentencia de 2 de marzo de 1985 de la misma Audiencia Territorial siguió el mismo criterio, declarando no conforme a derecho la directriz “...en cuanto pueda ser interpretada como enderezada a conseguir que los Planes Generales de Ordenación Urbana correspondientes a cada uno de los Municipios que integran el Área Metropolitana de Madrid vinculen suelo de propiedad privada, susceptible de edificación residencial a la construcción de viviendas de protección oficial” y “...conforme a derecho en cuanto puede interpretarse en el sentido de introducir en los expresados Planes Generales otro tipo de determinaciones para favorecer en el nuevo desarrollo residencial las viviendas de protección oficial”.

privada sin la base legal exigida por el artículo 33.2 de la Constitución” (FJ 4, destacado nuestro)⁶⁹⁷.

Tirando de la misma hebra, la STS de 28 marzo de 1988 (RJ 1988\5831) volvería a salvar la validez de la directriz N° 17 con una interpretación condicionada (coherente con la sentencia anterior), a saber, que aquélla:

«...no está orientando a una vinculación exclusiva del suelo de propiedad privada susceptible de edificación residencial a la construcción de dichas viviendas de protección oficial en detrimento de otras no incluidas en dicha calificación, sino que más bien y claramente se refiere a su armónico favorecimiento, pues ello se deduce de sus mismos términos literales y en particular marcando los razonables fines de obtener una “mayor diversidad posible de tipologías edificativas”... y “a efectos de evitar la segregación social..”, que **su no favorecimiento puede comportar, así está indicando la coexistencia dentro de la pluralidad, la intención de favorecer no de vincular la edificabilidad**; por todo lo cual ha de concluirse con la afirmación de que también la aludida Directriz N° 17 es conforme a derecho...» (FJ 8, negritas nuestras).

Estos criterios serían respaldados en posteriores pronunciamientos del TS, como reseña la STS de 5 de febrero de 1992, RJ 1992\2299⁶⁹⁸, y se han mantenido en fallos recientes referidos a situaciones regidas por el TRLS 76⁶⁹⁹.

Parte de la doctrina, por su lado, criticó tempranamente esta jurisprudencia. JIMÉNEZ L. defendió que estas determinaciones eran una manifestación de los

⁶⁹⁷ Así también lo había expresado la STSJ de Madrid de 20 de enero de 1990, que declaró “...ilegales las determinaciones del PGOUM que impliquen afectación de suelo a la construcción de Viviendas de Protección Oficial (VPO) por implicar limitaciones a la propiedad que, en el sistema de la Ley del Suelo, carecen de los necesarios mecanismos de compensación. Pues con la normativa vigente no le es dado al Planeamiento, en cuanto regulación reglamentaria, abrir nuevos cauces limitando la propiedad privada sin la base legal exigida por el art. 33.2 de la CE”.

⁶⁹⁸ “...esta Sala, en sentencias de 11-1-1985, 1-6-1987, 17-4-1991, y sobre todo en la de 21-5-1991 en la que se confirmaba la de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la antigua Audiencia Territorial de Madrid, de fecha 9-3-1989, ha abordado el tema, para decidir que la habilitación que dimana del art. 33.2 de la Constitución, pasando por el art. 76 de la Ley del Suelo Texto Refundido de 1976 para delimitar urbanísticamente el derecho de propiedad en cuanto a su contenido, **está referida a los aspectos o contenidos urbanísticos y no se puede extender al establecimiento de un régimen especial de construcción, enajenación o arrendamiento de los edificios**; materia esta que en la legislación sectorial específica es objeto de un tratamiento preciso a través de medidas de fomento y no de técnicas urbanísticas; con lo que **no hay posibilidad alguna normativa de que un Plan General contenga calificaciones que impliquen afectación de suelo privado a la construcción de viviendas de protección oficial**. Doctrina que no hay motivo alguno para alterar en esta ocasión” (FJ 4, lo destacado es nuestro).

⁶⁹⁹ Así, por ejemplo, SsTS de 29 de marzo de 1999 (RJ 1999\2645), 19 de octubre de 2004 (RJ 2005\1983) y 28 de mayo de 2008 (RJ 2008\4103).

podere inherente de la Administración⁷⁰⁰, atendido que conforme al art. 3.1.e) del TRLS 76 la *“competencia urbanística concerniente al planeamiento”* comprendía la facultad de establecer *“la clase y destino de los edificios”*, lo que debía complementarse por los literales a) y c) del apartado 2⁷⁰¹ y el apartado 5 del mismo artículo. Este último señalaba que las facultades mencionadas en este precepto tenían *“...carácter enunciativo y no limitativo...”* y que *“...la competencia urbanística comprenderá cuantas otras fueren congruentes con la misma, para ser ejercidas con arreglo a la presente Ley”*. De allí concluía que:

“La insoslayable interrelación del ejercicio de todas estas potestades, unida al expreso reconocimiento de cuantas otras sean inherentes a las mismas, permite editar a favor de la Administración y entre muchas otras, una potestad ancilar, en cuya virtud puede aquélla, en congruencia con otras potestades expresas... afectar suelos a un concreto y particular régimen edificatorio positivo, objeto de regulación cierta y especialmente apto para cumplir los fines perseguidos a través del ejercicio mismo de aquéllas potestades” (JIMÉNEZ L., 1985:22).

A ello debía añadirse la exigencia de interpretar el ordenamiento de un modo conforme con la Constitución, pues atendido el tenor del art. 47 CE debía considerarse que *“...la afectación de suelo a la construcción de Viviendas de Protección Oficial no es una determinación caprichosa del planeamiento, sino un instrumento directa y específicamente ordenado a dar progresiva efectividad al derecho, constitucionalmente proclamado, a una vivienda digna y adecuada* (JIMÉNEZ L., 1985:25; en sentido semejante CRESPO H., 1990:201-202).

Siguiendo la misma línea se ha cuestionado la disyuntiva fomento/policía⁷⁰² y se ha calificado de *paradójico* que *“...se admita y afirme expresamente la legalidad de la asignación, en concreto, de un uso residencial a una zona y que, sin embargo, una modulación de ese mismo uso, como es la concreción del tipo y régimen edificatorio, se vea como una limitación nueva del derecho de propiedad y por ello*

⁷⁰⁰ “2. La competencia urbanística en orden al régimen del suelo comprenderá las siguientes funciones: / a) Procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad. / ... / c) Regular el mercado de terrenos como garantía de la subordinación natural de los mismos a los fines de la edificación y de la vivienda”.

⁷⁰¹ Sobre éstos véase GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ R., 2001:448-449.

⁷⁰² La autora indica que no *“...se acierta muy bien a comprender por qué razón de fondo un régimen de fomento no puede reconducirse a un esquema de imposiciones y compensarse con mecanismos típicamente urbanísticos y no sólo fiscales o financieros, dado que como antes se ha apuntado las determinaciones relativas al uso y destino de los edificios, entre los que se incluye la imposición o vinculación al régimen normativo de viviendas de protección oficial y sus implicaciones socio económicas, están comprendidas dentro de las potestades urbanísticas que el Artículo 3 de la LS atribuye a la Administración”* (CRESPO H., 1990:192).

carente de la necesaria cobertura jurídica para poder ser establecida en la planificación” (CRESPO H., 1990:191).

Aunque la directriz madrileña N^o 17 no estableció un estándar determinado de viviendas protegidas nos referimos a ella porque la jurisprudencia que hemos examinado vino a decir, en buenas cuentas, que el ordenamiento legal entonces vigente no permitía establecer ese tipo de estándares. De allí que con la LRRUVS 90 se plantease superar ese estado de cosas, lo que refleja su exposición de motivos al afirmar que proporcionaría “...cobertura legal a una serie de instrumentos jurídicos, cuya utilización por las Administraciones competentes pueda permitirles una intervención eficaz en la regulación del mercado inmobiliario” (II). Así, el art. 35.3. de la LRRUVS 90 —luego art. 98.3 del TRLS 92— admitió expresamente la vinculación del suelo a la construcción de este tipo de viviendas al disponer que:

“Si el planeamiento general calificara terrenos con destinos a la construcción de viviendas de protección oficial u otro régimen de protección pública, considerará esta calificación como un uso específico, asignándosele el coeficiente de ponderación que, justificadamente y en coordinación con los criterios de valoración catastral, exprese su valor en relación con el característico del área de reparto en que quede incluido” (negritas nuestras)⁷⁰³.

Como se ve, este precepto no sólo validaba estas reservas sino que, además, velaba porque el valor resultante se equidistribuyese adecuadamente

También esta técnica fue promovida por el informe de la Comisión de Expertos en Urbanismo de 1994⁷⁰⁴, que señaló que los Ayuntamientos debían “...atender obligatoriamente las demandas de solares para el desarrollo de viviendas de protección pública a las que no haya dado respuesta la iniciativa urbanizadora privada” y que dicha tarea podía afrontarse “...**bien de manera directa, bien a través de la imposición de porcentajes obligatorios a los diversos sectores de desarrollo urbanístico**” (MOPTMA, 1995:210, negritas nuestras; PONCE S., 2002:159)⁷⁰⁵.

Con todo, la LRRUVS no legisló en el vacío. Algo más de un año antes de su dictación la Ley Foral Navarra 7/1989, de 8 de junio, de medidas de intervención en materia de suelo y vivienda⁷⁰⁶, había ya establecido un estándar de viviendas

⁷⁰³ La Disposición Adicional Primera de la LRRUVS 90 permitió excluir de su aplicación con carácter general a una serie de municipios pero, en su apartado 3, dispuso que en tales municipios regirán igualmente algunas disposiciones específicas, entre ellas “...derechos de tanteo y retracto y calificación de terrenos para construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública”.

⁷⁰⁴ Referenciar a nota 301 de Cap. 2.

⁷⁰⁵ Cabe señalar que cinco de los comisionados (Burdíel, Martí, Orbaneja, Orgaz y Povedano) disintieron de la parte destacada (MOPTMA, 1995:210, nota 44).

⁷⁰⁶ BOE núm. 241, de 07.10.1989.

protegidas, como parte de una batería de medidas que —según su exposición de motivos— pretendían reaccionar ante el incremento “realmente espectacular” del precio del suelo urbano y la vivienda que arriesgaba que la finalidad social de las viviendas protegidas pudiese “verse defraudada en perjuicio de los que menor volumen de ingresos tienen...”, afirmando además que al recaer el lucro y la especulación en “...bienes protegidos, necesarios y limitados, es desde luego una de las acciones humanas más repudiables, social y moralmente...”. Este contexto explica la obligatoriedad de prever en los planes urbanísticos suelo para viviendas de protección oficial, establecida en su art. 42.1 ⁷⁰⁷, uniéndose ello a la obligatoriedad de emplear el suelo recibido por cesiones urbanísticas para VPO:

“Los Planes Generales, Normas Subsidiarias y Programas de Actuación Urbanística deberán incluir determinaciones para asegurar que, como mínimo el 15 por ciento en el suelo residencial o de su capacidad se destine a la construcción de viviendas de protección oficial. / Además los Ayuntamientos y consejos deberán destinar su suelo residencial proveniente de las cesiones urbanísticas a la construcción de viviendas de protección oficial”.

Pocos años después el parlamento navarro aprobaría la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, de ordenación del territorio y urbanismo, que recogería este texto⁷⁰⁸.

El siguiente legislador autonómico que implementó esta medida fue el vasco, en la Ley 17/1994, de 30 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda y tramitación de instrumentos de planeamiento y gestión urbanística ⁷⁰⁹, cuya exposición de motivos declara que introducirá “...una nueva herramienta para propiciar la construcción de viviendas de protección pública, consistente en imponer al planeamiento la obligación de calificar específicamente suelo con destino a la construcción de viviendas cuyo precio sea susceptible de ser tasado por la administración”. Para estos efectos su art. 2.1 exigió, como “*estándares de viviendas de protección pública*”, que los Planes Generales de Ordenación Urbana y las Normas Subsidiarias de Planeamiento de los municipios con población superior a 7.000 habitantes⁷¹⁰ calificasen “*como suelo destinado a la construcción de viviendas sujetas a*

⁷⁰⁷ Salvo para las entidades locales cuyo planeamiento contemplase una capacidad demográfica total inferior a 2.000 habitantes de derecho (art. 42.3).

⁷⁰⁸ BOE núm. 209, de 01.09.1994. El art. 74, sobre viviendas de protección oficial, señalaba: “1. Los Planes Municipales deberán incluir determinaciones para asegurar que, como mínimo, el quince por ciento de la nueva capacidad residencial prevista se destine a la construcción de viviendas de protección oficial. / Quedan exentos de esta obligación, si bien podrán incluirlas entre las determinaciones de su planeamiento, los Ayuntamientos cuyo planeamiento municipal prevea una capacidad demográfica total inferior a 2.000 habitantes. / 2. Las determinaciones a que se refiere el apartado anterior se establecerán para un periodo de al menos ocho años a partir de la aprobación definitiva del planeamiento”.

⁷⁰⁹ B.O. País Vasco núm. 145, de 01.08.1994.

⁷¹⁰ Conforme al art. 2.2 en los municipios con población inferior podrían aplicarse los estándares establecidos en el art. 2.1 si así lo dispusiere el Consejero competente en

protección pública la superficie de terreno que resulte necesaria para materializar el aprovechamiento mínimo siguiente”:

- *“En suelo urbano, el 20% del total residencial previsto en operaciones integradas de reforma interior que deban ser ejecutadas mediante unidades de ejecución, quedando excluidas las actuaciones asistemáticas a que se refiere el artículo 143 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, texto refundido de 26 de junio de 1992”.*
- *“En suelo urbanizable programado, para cada uno de los cuatrienios, y en suelo apto para urbanizar, el 65% del total residencial previsto en esta clase de suelo”.*

Estos pasos serían prontamente seguidos por el legislador madrileño, que en el art. 110.1 de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid⁷¹¹ exigió como una *“prescripción vinculante para el planeamiento municipal”* que:

*“Los Planes Generales de Ordenación Urbana y las Normas Subsidiarias de Planeamiento deberán establecer las determinaciones precisas para asegurar que se destine a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que habilite a la Administración para tasar su precio, el suelo suficiente para cubrir las necesidades previsibles, en función del poder adquisitivo de la población, para un período de ocho años, dando prioridad a la satisfacción de las necesidades de los sectores de rentas más bajas. Como mínimo la calificación para vivienda sujeta a algún régimen de protección pública supondrá el 50 por 100 de la superficie del suelo urbanizable destinado al uso residencial, debiendo modularse el régimen concreto de protección aplicable en función de las necesidades estimadas en el municipio correspondiente” (negritas nuestras)*⁷¹².

materia de Urbanismo y Vivienda, previo informe de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco, *“por aconsejarlo así la ordenación territorial y la situación del mercado de la vivienda”*.

⁷¹¹ BOE núm. 186, de 05.08.1995.

⁷¹² El apartado 2 de este artículo hacía que esta regla fuese facultativa tratándose de municipios cuya capacidad residencial total, existente y prevista, fuese *“inferior a 25.000 habitantes, salvo que el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid disponga su obligatoriedad”*. La exposición de motivos de esta Ley señalaba que *“En el aspecto relativo a la intervención pública en el mercado inmobiliario y de la vivienda, no menos importante que los anteriores, el Título VIII de la Ley se concentra en los instrumentos que considera prioritarios en el contexto de la política territorial, cuyo marco pretende formalizar, y, concretamente, en los siguientes: (...) b) La política de vivienda sujeta a algún régimen de protección pública, absolutamente decisiva para la realización del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada. La opción legal es aquí decidida y rotunda: se impone al planeamiento general (salvo en los Municipios con escasa dinamicidad residencial) el aseguramiento del destino de suelo suficiente para cubrir las necesidades razonablemente previsibles en el horizonte temporal de ocho años, sin que la superficie dedicada a vivienda cuyo precio sea susceptible de ser tasado por la Administración pueda ser nunca inferior a la mitad del suelo urbanizable destinado al uso residencial; pero también, la no menos importante de fijar -cuando esté autorizado por la ordenación aplicable, de forma coherente con los criterios propios de la valoración*

Dos años después la STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró que el art. 98.3 del TRLS 92 excedía la competencia legislativa estatal, que en este punto se había fundado sobre las facultades de dirección general de la economía del Estado, conforme prevé el art. 149.1.13 CE⁷¹³. Esta inconstitucionalidad de forma no rechazaba el fondo de este instrumento, de manera que en nada afectaba las citadas Leyes navarra, vasca y madrileña, ni la posible introducción de esta técnica por otras las

catastral y en términos de aprovechamiento urbanístico- las relaciones de equivalencia oportunas para el caso de la transformación de la calificación a vivienda libre, con prescripción taxativa de cesión obligatoria y gratuita a la Administración actuante de los eventuales excesos de aprovechamiento lucrativo” (VII).

⁷¹³ Según el FJ 24 d) de la STC 61/1997, de 20 de marzo, el art. 98.3 TRLS 92 incidía “...sobre el sector de la vivienda y la actividad promocional y una y otra pueden enmarcarse dentro de las facultades de dirección general de la economía que al Estado atañen en virtud del art. 149.1.13. CE (STC 152/1988), como recuerda la representación del Estado. Sin embargo, y como también hemos declarado en la misma STC 152/1988 (fundamento jurídico 2.), el art. 47 CE no constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato o directriz que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE), de modo que su consecución ha de instrumentarse «a través de», no «a pesar de» los sistemas de distribución de competencias. / La cuestión se contrae, pues, a determinar si el art. 149.1.13. CE puede dar cobertura a la previsión del art. 98.3. En este sentido, conviene tener en cuenta que la doctrina de la STC 152/1988 (fundamentos jurídicos 2 y 4) se refiere a un supuesto distinto -la regulación directa de ciertos instrumentos de financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda- al aquí contemplado. En efecto, como se dijo en aquella ocasión, la conexión del sector vivienda y la actividad promocional con la política económica general puede quedar suficientemente acreditada «en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor económico y, en especial, como instrumento generador de empleo» (fundamento jurídico 2), encontrándose, por tanto, justificada la regulación estatal de los correspondientes instrumentos de financiación cuando se trate con ello de «asegurar el mantenimiento de unas inversiones fundamentales desde el punto de vista de la política económica general que, en otro caso, se revelaría difícilmente viable» (fundamento jurídico 4), doctrina reiterada en la STC 59/1995. / En nuestro caso no se pretende, sin embargo, canalizar determinados fondos estatales para la promoción de viviendas de protección pública, ni tampoco regular de forma directa o inmediata tal promoción. Muy al contrario, el objeto directo del art. 98.3 TRLS 92 es la regulación de uno de los elementos del aprovechamiento tipo, sin que su clara conexión con la promoción indirecta y mediata de viviendas de protección pública pueda tener la virtualidad de atraer hacia el art. 149.1.13. CE la regulación con carácter básico de la materia, máxime cuando las Comunidades Autónomas han asumido competencias sobre la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, título más directamente implicado que, en el presente caso, ha de prevalecer. Es evidente, además, que el art. 98.3 TRLS 92 establece determinadas prescripciones estrictamente urbanísticas (calificación de uso específico; asignación de un coeficiente de ponderación y sus reglas), con lo que invade la competencia urbanística que corresponde a las Comunidades Autónomas. De ahí que respecto del art. 98.3 TRLS 92 haya que concluir en igual sentido a como hemos hecho con el resto del precepto y, en consecuencia, debamos declararlo contrario al orden constitucional de competencias”.

leyes autonómicas como, de hecho, sucedió. PONCE S. clasificó en las siguientes categorías a las disposiciones existentes en esta materia en 2002 (2002:160-171):

- Casos en que la habilitación legislativa permitía a los entes locales reservar terrenos para la construcción de viviendas asequibles discrecionalmente: p. ej., la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia⁷¹⁴ — hoy reemplazada por la LOUPMRGalicia⁷¹⁵ —, la Ley 5/1999, de 25 de marzo, de Aragón⁷¹⁶ — reemplazada en 2009 por la LuAragón — complementada luego por la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, que estableció reservas de suelo para vivienda protegida⁷¹⁷ o la legislación urbanística valenciana⁷¹⁸ — también sustituida por la LuValencia, en 2005⁷¹⁹ —;
- Casos en que la ley exigía a los entes locales establecer reservas de suelo para viviendas asequibles sin concretar porcentajes: p. ej., la Ley 22/1998, de

⁷¹⁴ BOE núm. 103, de 30.04.1997. Ésta habilitaba al planeamiento para “Calificar terrenos para la construcción de viviendas sujetas a los diferentes regímenes de protección pública” (art. 3.1.h).

⁷¹⁵ Ésta contempló en diferentes hipótesis reservas de suelo para atender las demandas de vivienda sujeta a algún régimen de protección pública no inferiores a las necesarias para emplazar el 20% de la edificabilidad residencial (art. 55.3 y 64 f).

⁷¹⁶ BOE núm. 95, de 21.04.1999. Entre las determinaciones generales que el Plan General de Ordenación Urbana debía contener, el art. 33 f) incluye “Reservas que, en su caso, **se consideren necesarias** para viviendas sujetas a algún régimen de protección pública en suelo urbano o urbanizable. Tales reservas en ningún caso superarán el veinte por ciento del aprovechamiento urbanístico objetivo correspondiente, sin incluir en el cómputo el Patrimonio Municipal del Suelo” (negritas nuestras). Posteriormente la Ley aragonesa 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de Vivienda Protegida, reemplazó esta norma por un sintético: “Reservas de terrenos con destino a la construcción de viviendas protegidas conforme a la legislación de vivienda”.

⁷¹⁷ BOE núm. 14, de 16.01.2004. Su art. 5º estableció en Huesca, Teruel y Zaragoza una reserva de terrenos para construir viviendas protegidas equivalente, al menos, al 40 % de la edificabilidad residencial prevista en suelo urbanizable y al 30% en suelo urbano no consolidado. Tratándose de municipios con población de derecho superior a cinco mil habitantes la reserva debía ser de, al menos, los terrenos equivalentes al 20 % de la edificabilidad residencial prevista en suelo urbanizable y el 15% en suelo urbano no consolidado.

⁷¹⁸ El art. 12.E) de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística (BOE núm. 8, 10.01.1995), disponía que los Planes Especiales podían desarrollar, complementar o, incluso, modificar el planeamiento general y parcial, para —entre otros cometidos— “...vincular áreas o parcelas, urbanas o urbanizables, a la construcción o rehabilitación de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública cuando el Plan General se hubiera limitado a prever su destino residencial”. Asimismo, permitía que los agentes urbanizadores, con motivo de la aprobación del Programa, se comprometieran “...a promover viviendas sujetas a algún régimen oficial de protección social sobre las parcelas que se le adjudiquen en concepto de retribución” (art. 70 B).

⁷¹⁹ Sus arts. 36.1.i) y 37 .1.h), y su D.A. 6ª, permitieron vincular suelo a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, pero sin asegurar un estándar mínimo.

29 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona ⁷²⁰, el TRLOTENCanarias⁷²¹ —si bien la Ley 2/2003, de 30 de enero, definió el porcentaje⁷²²— o la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Ordenación de Castilla-La Mancha⁷²³; y

⁷²⁰ BOE núm. 28, de 02.02.1999. Su art. 65.2 d) permite que los planes generales de ordenación municipal o supramunicipal puedan, en suelo urbano, “...reservar suelo y edificaciones para uso exclusivo de viviendas sometidas a alguno de los regímenes vigentes de protección pública o a las nuevas modalidades de promoción que puedan definirse para Barcelona”. Sin embargo, el art. 86.1 dispone, perentoriamente, que “El Plan general **debe** reservar espacios para la vivienda de cualquier régimen de protección pública. Los planes especiales **deben** reservar espacios a este fin, siempre y cuando técnicamente sea posible”. PONCE S. estima que en este caso es obligatoria la reserva porque la posibilidad o imposibilidad técnica debe interpretarse teleológicamente, entendiendo que “...lo que quiere el legislador al supeditar la reserva a factores técnicos, es flexibilizar la exigencia para el caso de que ésta sea técnicamente imposible. Pero no se trata, entendemos, de una potestad discrecional, sino de un concepto jurídico indeterminado, por lo que, de conformidad con las técnicas de control judicial bien conocidas en nuestro país, o es técnicamente posible, en cuyo caso el Plan Especial ha de reservar, o no lo es. Lo que permite que, en caso de incumplimiento de la obligación legal, sea posible acudir a la jurisdicción contenciosa para que ésta controle la aplicación del concepto al caso concreto de que se trate, anulando la ausencia de reserva si se concluye que ésta era técnicamente —nótese bien, no política ni económicamente— posible” (PONCE S., 2002:159).

⁷²¹ Su art. 6.2 d) incluye, como uno de los fines de la actuación de carácter urbanístico, “La calificación de suelo para construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública”. A su turno, el art. 32.2 A) dispone en su numeral 8 que la ordenación estructural que deben contener los Planes Generales comprende “La adscripción de suelo urbano o urbanizable a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o con precio final de venta limitado. Esta adscripción no podrá en ningún caso exceder del 50 por ciento del aprovechamiento del ámbito o sector”.

⁷²² BOE núm. 56, de 06.3.2003. Su art. 27.1 dispuso que en los municipios declarados de preferente localización de viviendas protegidas (art. 26) los planes generales debían “...destinar a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública como mínimo el 20% del total del suelo residencial útil, sea urbano inmerso en operaciones de reforma interior que deban ser ejecutadas mediante unidades de actuación, siempre que sea técnicamente posible, o sea suelo urbanizable”. Posteriormente la Ley canaria 1/2006, de 7 de febrero, extendió esta exigencia a los “Planes Generales de Ordenación, los Planes Rectores de Uso y Gestión de Parques Rurales y los Planes Especiales de Paisajes Protegidos” con un mínimo del “...25% del aprovechamiento del conjunto de los suelos urbanizables y urbanos no consolidados con destino residencial en los municipios declarados de preferente localización de viviendas protegidas, y al 20% en el resto de los municipios”, fijando como límite el 33% del aprovechamiento del ámbito o sector.

⁷²³ BOE núm. 180, de 29.07.1998. Su artículo 24.3 disponía que “Los Planes de Ordenación Municipal de los Municipios superiores a los 20.000 habitantes de derecho deberán establecer las determinaciones precisas para garantizar que se destine a la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública que, cuando menos, habilite a la Administración para tasar su precio, el suelo suficiente para cubrir las necesidades previsibles en el primer decenio de vigencia del Plan. Estas determinaciones se justificarán en un análisis de las características de distribución de la demanda por niveles de ingresos de la unidad familiar y por tramos de edad en función del modelo de ciudad asumido por el Plan”. El apartado siguiente permitía extenderse la

- Casos en que el legislador autonómico imponía obligaciones de reserva de suelo para viviendas asequibles en porcentajes determinados que debían respetar los entes locales al ejercer sus potestades de planeamiento: p. ej., las ya mencionadas Leyes navarra 10/1994 —reemplazada por la LOTUNavarra⁷²⁴—, vasca 17/1994 —reemplazada por la LSUPVasco⁷²⁵— y

obligatoriedad de dichas determinaciones “a todos o algunos de los Municipios de menos de 20.000 habitantes de derecho, cuando circunstancias de conurbación o recíproca influencia territorial entre términos municipales vecinos u otras causas análogas así lo aconsejen”.

⁷²⁴ BOE núm. 209, de 01.09.1994. Su art. 52 (“Determinaciones sobre vivienda”) exigió en su apartado 1 que los Planes Generales Municipales incluyesen “...determinaciones para asegurar que, como mínimo, el 50 por 100 de la nueva capacidad residencial, prevista para un período de al menos ocho años a partir de la aprobación definitiva del planeamiento, se destine a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, debiendo dedicarse la mitad de esta previsión, como mínimo, a viviendas de protección oficial”. El apartado 2 permitió reducir o eliminar dicha obligación en los Ayuntamientos de menos de 3.000 habitantes que justificasen adecuadamente la no conveniencia de materializar dichas previsiones. Posteriormente la Ley Foral 8/2004, de 24 junio, agregó 5 nuevos apartados y la Ley Foral 16/2009, de 23 diciembre, uno más (el apartado 8), los que han venido a precisar y flexibilizar, en algunos aspectos, la aplicación de este estándar.

⁷²⁵ Su art. 80.1 dispone que el planeamiento urbanístico municipal “determinará la reserva de terrenos calificados con destino a viviendas sometidas a algún régimen de protección pública”, cuyos estándares mínimos exigen:

- En suelo urbano no consolidado, cuya ejecución se prevea mediante actuaciones integradas de uso predominantemente residencial, los planes generales y, en su caso, los planes especiales deberán “...calificar con destino a viviendas sometidas a algún régimen de protección pública los terrenos precisos para materializar como mínimo el 40% del incremento de la edificabilidad urbanística de uso residencial, respecto de la previamente materializada, que se establezca en cada área. Este porcentaje se desglosa en un mínimo del 20% de la edificabilidad urbanística de uso residencial para la construcción de viviendas de protección oficial de régimen general y especial, y el restante porcentaje hasta alcanzar el 40% con destino a viviendas de protección oficial de régimen tasado. La edificabilidad urbanística admitida para las viviendas de protección oficial de régimen tasado podrá ser sustituida por viviendas tasadas municipales en los términos establecidos en la disposición adicional octava” (apartado 2);
- En suelo urbanizable de uso preferentemente residencial los planes generales, los planes de sectorización y, en su caso, los planes parciales, deberán “...calificar con destino a viviendas sometidas a algún régimen de protección pública los terrenos precisos para materializar como mínimo el 75% del incremento de la edificabilidad urbanística de uso residencial, respecto de la previamente materializada, que se establezca en cada sector. Este porcentaje se desglosa en un mínimo del 55% de la edificabilidad urbanística de uso residencial para la construcción de viviendas de protección oficial de régimen general y especial, y el restante porcentaje hasta el 75%, con destino a viviendas de protección oficial de régimen tasado. La edificabilidad urbanística admitida para las viviendas de protección oficial de régimen tasado podrá ser sustituida por viviendas tasadas municipales en los términos establecidos en la disposición adicional octava”.
- Los apartados 4, 5 y 6 contienen reglas para aplicar los estándares e, incluso, hipótesis en que es posible eximir o flexibilizar su cumplimiento.

madrileña 9/1995 —reemplazada por la LsMadrid⁷²⁶—, la Ley extremeña 15/2001, de 14 de diciembre⁷²⁷, la Ley catalana 2/2002, de 14 marzo, de

⁷²⁶ Ésta contempla dentro de los fines de la ordenación urbanística *“La orientación de las actuaciones públicas y privadas en orden a hacer efectivo el derecho de todos a una vivienda digna y adecuada, especialmente mediante la calificación de suelo para viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y la constitución de patrimonios públicos de suelo”* (Art. 3.2 i). El art. 38.2 concreta este fin al establecer como una determinación estructurante de la ordenación urbanística en Madrid que el 90% *“...del área de reparto de suelo urbanizable sectorizado y de cada sector resultante en suelo urbanizable no sectorizado, deberá destinarse, como mínimo, el 50 por ciento de las viviendas edificables a viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y de estas sólo podrá destinarse, como máximo, un 25 por ciento a Viviendas de Precio Tasado o figuras similares que puedan aparecer en el futuro y aumenten los niveles de renta en la consideración de la protección pública”*. En consecuencia, disminuye el porcentaje afectado tanto por el cambio en la base de cálculo (50% del total v/s 50% del 90%) como por la admisión de la vivienda de precio tasado en la mitad de la reserva. Conviene destacar dos temas adicionales:

- Se faculta a la Comunidad de Madrid para ejercer los derechos de tanteo y retracto sobre el suelo cuyo destino, según el planeamiento, sea la construcción de viviendas en régimen de protección (art. 182.1 b LsMadrid), y
- Se establece que dentro de las determinaciones estructurantes de la ordenación urbanística deben incluirse las relativas a las redes públicas, las que comprenden en las redes de servicios una *“red de viviendas públicas o de integración social”* (art. 36.2.c.2º), pudiendo obtenerse el suelo para implantarlas mediante los mecanismos de los arts. 90 a 95 de la LsMadrid.

⁷²⁷ BOE núm. 31, de 05.02.2002. Su art. 5.2 establece que la ordenación urbanística *“tiene por objeto en el marco de la ordenación del territorio: ...La calificación de suelo para construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública”*. El art. 74.3 desarrolla lo anterior estableciendo dentro de los *“estándares mínimos de calidad y cohesión urbanas como límite de la potestad de planeamiento”* que *“en el suelo urbanizable y en el urbano sujeto al régimen de actuaciones urbanizadoras, deberá destinarse a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, cuando menos, permita a la Administración tasar su precio, como mínimo el 25% del aprovechamiento objetivo para uso residencial materializable en cada unidad de actuación”*. Con todo, el art. 74.3 permite eximir, mediante una resolución motivada del Consejero competente en materia de ordenación territorial y urbanística, dictada previo informe favorable de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, del cumplimiento de dicho estándar *“en determinadas unidades de actuación en suelo urbano, o permitir su cumplimiento agregado en determinados sectores de suelo urbanizable”* (actual art. 74.3 d), tras la redacción que le dio el art. 18.8 de la Ley extremeña 6/2002, de 27 junio, BOE núm. 201, de 22.10.2002). Por último, el artículo 70.1.1 k) dispone que la ordenación estructural del territorio municipal que contienen los Planes Generales Municipales incluirá las *“determinaciones precisas para garantizar que se destine a la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública que, cuando menos, habilite a la Administración para tasar su precio, u otros usos de interés social a los que sea aplicable, por cualquier título, cuando menos un régimen de precio tasado de venta o alquiler, el suelo suficiente para cubrir las necesidades previsibles en el primer decenio de vigencia del Plan”*, debiendo contemplar, *“...como mínimo, las precisas para permitir el cumplimiento del estándar establecido al efecto en el apartado 3 del artículo 74...”*.

normas reguladoras del urbanismo ⁷²⁸ —luego refundida en el TRLUCataluña⁷²⁹—, la Ley 3/2002, de Asturias⁷³⁰ —luego refundida por el TRLOTUAsturias⁷³¹—, la LuCyLeón —tras su modificación por la Ley 10/2002, de 10 de julio⁷³²—, la Ley 10/1998, de 2 de julio, de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja ⁷³³ —luego reemplazada por la LOTURioja⁷³⁴—, la LOUAndalucía —tras su modificación por las Leyes

⁷²⁸ BOE núm. 92 de 17.04.2002. Su art. 57.3 señalaba que los planes de ordenación urbanística municipal deben “...reservar para la construcción de viviendas de protección pública, con carácter general, como mínimo, el suelo correspondiente al 20 por 100 del techo que se califique para el uso residencial de nueva implantación, tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable. Sin embargo, las Comisiones Territoriales de Urbanismo, a propuesta municipal, pueden disminuir esta reserva en los sectores con densidades inferiores a veinticinco viviendas por hectárea que, por su tipología, no sean aptas para la construcción de viviendas protegidas”.

⁷²⁹ Su art. 57.3 exige “...reservar para la construcción de viviendas de protección pública, como mínimo, el suelo correspondiente al 30% del techo que se califique para el uso residencial de nueva implantación, tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable, del cual un 20% se tiene que destinar a viviendas con protección oficial de régimen general y de régimen especial y un 10% a viviendas con protección oficial de precio concertado”.

⁷³⁰ BOE núm. 135, de 06.06.2002. Su art. 4 incluye la facultad de “Calificar terrenos para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública” como una facultad comprendida tanto dentro de las competencias urbanísticas concernientes al planeamiento (apartado 1 h) como a la intervención pública en la regulación del mercado del suelo (apartado 4 c). El art. 50 incluye dentro de las determinaciones específicas que el Plan General de Ordenación debe establecer en el suelo urbanizable la declaración de sectores de urbanización prioritaria (literal b), en los cuales “el treinta por ciento del total de suelo destinado a uso residencial quedará reservado para la construcción de vivienda sujeta a algún régimen de protección pública, incluido el régimen de protección autonómica, o con precio tasado. Dicho porcentaje podrá ser elevado” (literal d).

⁷³¹ Cfr. arts. 5.1 h), 5.4. c) y 62 c).

⁷³² BOE núm. 178, de 26.07.2002. Esta Ley modificó el art. 38.2, exigiendo que el planeamiento en suelo urbanizable incluyese, obligatoriamente, un porcentaje de aprovechamiento que debía destinarse a viviendas con algún régimen de protección no inferior a:

- “En suelo urbanizable delimitado, al 10 % del aprovechamiento lucrativo total del conjunto de los sectores con uso predominante residencial, con un máximo del 50 %”.
- “En suelo urbanizable no delimitado, al 30 % del aprovechamiento lucrativo de cada sector con uso predominante residencial”.

⁷³³ BOE núm. 163, de 09.07.1998. Su art. 62, sobre viviendas de protección oficial, establecía que “Los Planes Generales Municipales deberán incluir determinaciones para asegurar que, como mínimo, el 10% de la nueva capacidad residencial prevista se destine a la construcción de viviendas de protección pública. / Quedan exentos de esta obligación, si bien podrán incluirla entre las determinaciones de su planeamiento, los municipios con población inferior a 1.000 habitantes”.

⁷³⁴ El art. 69, sobre viviendas de protección pública, incrementaría la reserva: “1. Los Planes Generales Municipales deberán incluir determinaciones para asegurar una reserva para vivienda protegida de como mínimo el 30 por 100 de las viviendas previstas por la ordenación urbanística en la delimitación de nuevos sectores de suelo urbanizable. / 2. No obstante en aquellos municipios con población inferior a los 5.000 habitantes y superior a los 1.000 se podrá fijar una reserva inferior aunque superior al 10 por 100 en función de la actividad urbanística del municipio. / 3.

andaluzas 13/2005, de 11 de noviembre, y 1/2006, de 16 mayo⁷³⁵ — y la LOTRUSCantabria⁷³⁶.

Tan sólo quedaba fuera de esta tendencia Murcia (la Ley 1/2001, de 24 de abril, del suelo de la región de Murcia, carecía de normas en este punto⁷³⁷, lo que remediaría en 2005 el TRLSMurcia⁷³⁸) e Islas Baleares.

En los municipios con población inferior a 1.000 habitantes no será obligatorio realizar dicha reserva”.

⁷³⁵ En efecto, el texto original de su art. 10.1.A. b) exigía que los Planes Generales de Ordenación Urbana contuvieran *“Disposiciones que garanticen el suelo suficiente para viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública, de acuerdo con las necesidades previsibles desde el propio Plan General de Ordenación Urbanística o los planes sectoriales de aplicación”*. Tras la modificaciones pasó a exigir, en cada área o sector con uso residencial, *“...las reservas de los terrenos equivalentes, al menos al treinta por ciento de la edificabilidad residencial de dicho ámbito para su destino a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública”*. El plan podía *“...eximir total o parcialmente de esta obligación a sectores o áreas concretos que tengan una densidad inferior a quince viviendas por hectárea y que, además, por su tipología no se consideren aptas para la construcción de este tipo de viviendas. El Plan deberá prever su compensación en el resto de las áreas o sectores, asegurando su distribución equilibrada en el conjunto de la ciudad”*. Por último, *“Con objeto de evitar la segregación espacial y favorecer la integración social, reglamentariamente podrán establecerse parámetros que eviten la concentración excesiva de este tipo de viviendas”*. El art. 17.7 (agregado por la Ley 13/2005, de 11 noviembre, BOE núm. 300, de 16.12.2005) encargó a los instrumentos de planeamiento urbanístico localizar en la ordenación detallada de áreas y sectores *“...las reservas de terrenos para viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública que, de conformidad con esta Ley, estuvieren obligados a realizar”*. Añadió que *“El cincuenta por ciento de las viviendas que se prevean en los suelos donde se localice el diez por ciento de cesión del aprovechamiento medio del área de reparto a favor del Ayuntamiento habrán de destinarse a los grupos con menor índice de renta que se determinen en los correspondientes planes y programas de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública”*.

⁷³⁶ Su art. 48 g) señala que cuando Plan General de Ordenación Urbana previese suelo urbanizable delimitado debía delimitar sectores de urbanización prioritaria en los que *“...el 25%, al menos, de la superficie destinada a usos residenciales se reservará para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección destinando un mínimo del 10% para la construcción de viviendas de protección oficial de régimen especial”*. Añadía que *“La superficie de los sectores de urbanización prioritaria no podrá exceder del 50 por 100 de la totalidad del suelo urbanizable delimitado y se determinará en función de las necesidades de cada municipio. La delimitación de estos sectores será obligatoria para todos los Planes Generales salvo que se justifique en la Memoria la ausencia de las necesidades a que hace referencia este apartado”*. Por otro lado, esta Ley contempla también un instrumento denominado *“normas urbanísticas regionales”* que puede *“criterios para el establecimiento, en su caso, de reservas de suelo destinadas a viviendas de protección pública”* (art. 20.1 e).

⁷³⁷ BOE núm. 243, de 10.10.2001.

⁷³⁸ Su art. 98 i) incluye dentro de las determinaciones de carácter general del Plan General Municipal, que definirá el modelo de desarrollo urbano y territorial, la posibilidad de calificar *“...suelo para uso exclusivo residencial de protección pública y establecer un porcentaje mínimo de aprovechamiento para este uso específico en determinadas áreas. También podrá determinar las condiciones y ámbitos de aplicación de primas de aprovechamiento para usos que se propongan como alternativos al residencial indiferenciado, tales como el destinado a vivienda de protección pública o el hotelero”*. Tratándose del suelo urbanizable debía reservarse *“un*

Es en este contexto, poco más o menos, que la LS 2007 y el art. 10.1.b) TRLS 2008 dispondrán que:

“1. Para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el Título I, las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, deberán:

b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa.

Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación y, como mínimo, comprenderá los terrenos necesarios para realizar el 30 por 100 de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización. No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior para determinados Municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social”.

Se trata de una norma que, como ha dicho una de las autoridades que participó en su elaboración y tramitación, ya regía en la mayoría de las Comunidades Autónomas —como hemos constatado— sin que se apreciaran “...efectos inflacionarios en su implantación, pese a que en algunos territorios tiene un nivel muy superior...”. Lo decisivo es que en otros no regía reserva alguna, “...lo que, aparte de afectar a la unidad de mercado (tengamos en cuenta que esta reserva oscila entre 75% y 0% según Comunidades Autónomas), dificulta sobremanera la promoción de vivienda asequible, **porque el mercado no provee terrenos urbanos**

porcentaje de aprovechamiento destinado a vivienda de protección pública en cada una de las áreas y sectores de uso global residencial, excepto los de mínima densidad, con una cuantía mínima del 10% de la edificabilidad residencial del sector” (art. 101.3.d). Adicionalmente, esta Ley permite que el Plan General, como medida de fomento, establezca una “...prima de aprovechamiento para uso residencial protegido en función del porcentaje de aprovechamiento de la unidad de actuación que se destine a vivienda de protección pública, descontada, cuando exista, la reserva obligatoria” (art. 99.2), la que en caso de no ser establecida por éste puede ser fijada por el plan parcial en “...una cuantía de hasta el 20% del porcentaje de aprovechamiento del sector que se destine a vivienda protegida, debiendo aumentar en la misma cuantía el porcentaje de cesiones y dotaciones, calificándose específicamente como residencial protegido el suelo necesario para su localización”(art. 106 d.2). Con todo, la D.A. 1ª permite al Consejo de Gobierno “...suspender o modificar las reservas obligatorias para vivienda de protección pública a que se refieren los artículos 98, 99 y 101, en función de las previsiones y cumplimiento de los objetivos de los planes sectoriales de vivienda, así como por razones motivadas de la coyuntura del mercado de vivienda”.

a valores de repercusión compatibles con la vivienda protegida justo allí donde ésta más falta hace” (VAQUER C., 2008:109, destacado nuestro).

La LS 2007 previó en su DT 1ª una fórmula para modular la aplicación de esta reserva, consistente en aplicar directamente la reserva de 30% del art. 10.1.b) a partir del 01.07.2008 y hasta que cada Ley autonómica fuese adaptada a este estándar, con un par de excepciones. Esto gatilló rápidas adaptaciones en las reservas de suelo destinado a vivienda protegida de un grupo de leyes autonómicas, entre ellas:

- Islas Baleares: Subsano su omisión en esta materia a través de la Ley 5/2008, de 14 mayo, de actuaciones urgentes destinadas a la obtención de suelo para viviendas de protección pública⁷³⁹;
- Galicia: Modificó la LOUPMRGalicia a través de la Ley 6/2008, de 19 junio, de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo⁷⁴⁰;
- Aragón: El Decreto-ley 2/2007, de 4 de diciembre⁷⁴¹, convalidado por la Ley 1/2008, de 4 de abril⁷⁴², ajustó las reservas de suelo para vivienda protegida que había establecido la Ley aragonesa 24/2003, de 26 de diciembre.
- Valencia: El Decreto-ley 1/2008, de 27 de junio, del Consell, de medidas urgentes para el fomento de la vivienda y el suelo⁷⁴³, ajustó la reserva de

⁷³⁹ B.O. Illes Balears núm. 68, de 17.05.2008. Esta Ley permite crear reservas estratégicas de suelo para viviendas sometidas a un régimen de protección pública (conforme al RD 801/2005, de 1 de julio, y demás normativa vigente sobre viviendas de protección pública) a través de normas subsidiarias y complementarias de planeamiento. El párrafo 1º del art. 2.2 b) dispone que si el suelo en el que se proyecta la reserva estratégica es suelo rústico de transición será clasificado como urbanizable programado o apto para la urbanización asignando “...un mínimo de un 50% de la edificabilidad total prevista en la reserva a la construcción de viviendas de protección pública o de precio tasado, a elección del promotor, y se reservará en todo caso como mínimo el 15% del total para las de protección pública. El 50% del suelo restante de la reserva podrá destinarse a la edificación de viviendas de precio libre. El suelo destinado a la construcción de estas viviendas de protección pública será cedido urbanizado a la Administración por los propietarios y promotores de los terrenos de manera gratuita”.

⁷⁴⁰ BOE núm. 174, de 19.07.2008. Esta Ley cuatro nuevos apartados al artículo 47, los Nº 10, Nº 11, Nº 12 y Nº 13, que establecieron una reserva de terrenos suficientes para localizar, al menos, el 40% de la nueva edificabilidad residencial que generase el planeamiento, entendiendo por ésta la que resulte del suelo urbano no consolidado y urbanizable delimitado, con algunos supuestos excepcionales como los Ayuntamientos con menos de 20.000 habitantes.

⁷⁴¹ BOA número 144, de 07.12.2007. Mantuvo la situación en Huesca, Teruel y Zaragoza y exigió que en los municipios que tuviesen una población de derecho superior a tres mil habitantes, así como otros que señala, se contemplasen reservas de terrenos equivalentes, al menos, al treinta por ciento de la edificabilidad residencial prevista en suelo urbanizable y en suelo urbano no consolidado.

⁷⁴² BOE núm. 116, de 13.05.2008.

⁷⁴³ DOCV núm. 5795, de 30.06.2008.

viviendas sujetas a regímenes de protección pública establecida en la D.A. 6ª de la LuValencia⁷⁴⁴.

- Canarias: La Ley 6/2009, de 6 de mayo⁷⁴⁵, sustituyó los baremos que establecía la Ley 2/2003, de vivienda de Canarias, para la adscripción de suelo urbano o urbanizable a la construcción de viviendas sometidas a regímenes de protección pública.
- Cantabria: La Ley cántabra Ley 7/2007, de 27 diciembre, añadió a la LOTRUSCantabria un nuevo art. 40 bis para ajustar las reservas a la Ley estatal⁷⁴⁶.
- Castilla y León: La Ley 4/2008, de 15 de septiembre, de Medidas sobre Urbanismo y Suelo, modificó la LuCyLeón⁷⁴⁷;
- Castilla La Mancha: La Ley 2/2009, de 14 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia de Vivienda y Suelo, reformó la LOTAU⁷⁴⁸;
- Cataluña: El Decreto-ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística, ajustó el art. 57 del TRLUCataluña⁷⁴⁹.

⁷⁴⁴ La regla general, que pasa a ser la Nº 2 de la D.A. 6ª, es que *“...en los municipios con población superior a 50.000 habitantes o con crecimiento urbano medio en los cinco años anteriores superior a diez viviendas por cada mil habitantes y año, la reserva establecida en función de los indicadores territoriales de demanda en ningún caso podrá ser inferior al 30% de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser objeto de programación o de nueva creación”*.

⁷⁴⁵ BOE núm. 132, de 01.06.2009, que modificó el art. 27.1 en el sentido de exigir que la adscripción no fuese *“...inferior al treinta por ciento de la edificabilidad residencial del conjunto de los suelos urbanizables y urbanos no consolidados con destino residencial”*.

⁷⁴⁶ Este artículo exige que, al menos, *“...un 30% de la superficie construida sea destinada a uso residencial sujeto a algún régimen de protección pública...”* al aprobarse o modificarse el planeamiento general y los desarrollos del suelo urbanizable residual que supongan la transformación de un suelo al objeto de ser destinado a uso residencial. Añade que: *“De dicho porcentaje se destinará un mínimo del 40% para la construcción de viviendas de protección oficial de régimen general o régimen equivalente y un mínimo del 10% para viviendas de régimen especial o régimen equivalente”*. Se exime de estos porcentajes a los municipios *“de menos de 1.000 habitantes en los que, en los dos últimos años anteriores al del inicio de su procedimiento de aprobación, se hayan autorizado edificaciones residenciales para menos de cinco viviendas por cada cien habitantes y año, siempre y cuando el planeamiento no ordene actuaciones residenciales para más de 50 nuevas viviendas”*.

⁷⁴⁷ BOE núm. 243, de 08.10.2008. Como ya dijimos, el art. 38.2 de esta Ley había sido modificada por la Ley 10/2002, de 10 de julio. La reforma de 2008 eleva las reservas para viviendas con protección pública a una grilla del *“...30 al 80% de la edificabilidad residencial de cada sector de suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable”* (38.2.b). permitiendo reducirlas en casos calificados.

⁷⁴⁸ BOE núm. 254, de 21.10.2009. Esta Ley elevó la reserva de edificabilidad al cincuenta por ciento para el suelo urbanizable de los Municipios que tengan más de 10.000 habitantes.

⁷⁴⁹ DO de la Generalitat de Catalunya núm. 4990, de 18.10.2007. Posteriormente la D. F. 2ª de la Ley catalana 26/2009, del 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas, autorizó al Gobierno para refundir el TRLUCataluña, lo que dio origen al nuevo TRLUCataluña (BOE núm. 218, de 08.09.2010).

Actualmente todas las leyes autonómicas establecen una reserva de suelo protegido, sea como una parte de la superficie del suelo con uso residencial, parte de la edificabilidad con uso residencial o un porcentaje del aprovechamiento urbanístico con destino residencial, que incluso puede llegar al 75% (suelo urbanizable de uso preferentemente residencial en la LSUPVasco⁷⁵⁰) o la totalidad de ciertas actuaciones⁷⁵¹. Tan importante como la existencia de una reserva es que su localización se disperse en el territorio, evitando con ello la creación de *guettos* de pobreza. De allí que muchas legislaciones las vinculen con cada “...área, sector, ámbito o unidad de actuación, de modo que el porcentaje que sea tenga su reflejo en los aprovechamientos de cada actuación urbanizadora en suelo urbanizable o de dotación en suelo urbano... pudiera pensarse incluso en proyectar el estándar sobre cada edificio de viviendas” (VILLAR R., 2008:652). En tales casos la reserva se concreta en la planificación de desarrollo, lo que además permite una distribución más equitativa⁷⁵². En la misma línea, algunas leyes restringen incluso la tipología de vivienda que puede haber en cada concreta zona, de manera de evitar los correlativos riesgos de segregación (VILLAR R., 2008:651)⁷⁵³. Existen también casos en que se permite levantar el cumplimiento del estándar — cuestión que admite el párrafo final del art. 10.1.b) TRLS 2008—⁷⁵⁴, a veces

⁷⁵⁰ Cfr. *infra* nota 725.

⁷⁵¹ Véase el art. 262.1 de la LuValencia, que señala que cuando se proceda a la reclasificación de suelo no urbanizable en las áreas residenciales prioritarias con “...la finalidad de proceder a la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública y con el fin de facilitar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna”, la totalidad de la edificabilidad residencial prevista será destinada a la construcción de viviendas sometidas a regímenes de protección pública.

⁷⁵² Véase, a modo de ejemplo, el art. 5.2 de la Ley aragonesa 24/2003, de 26 de diciembre.

⁷⁵³ Este autor cita como ejemplo al art. 32.2.A.8 del TRLOTENCanarias que junto con adscribir a la construcción de viviendas sometidas a regímenes de protección pública no menos del 20% del aprovechamiento del conjunto de los suelos urbanizables y urbanos no consolidados con destino residencial prohíbe destinar “...más del 33% del aprovechamiento de un ámbito o sector a viviendas protegidas de autoconstrucción o de promoción pública en régimen de alquiler”. Otro caso en esta línea es el art. 80.3 de la LSUPVasco, que exige calificar con destino a viviendas sometidas a algún régimen de protección pública en cada sector de suelo urbanizable de uso preferentemente residencial, “...los terrenos precisos para materializar como mínimo el 75% del incremento de la edificabilidad urbanística de uso residencial, respecto de la previamente materializada, que se establezca en cada sector”. Luego, desglosa este porcentaje “...en un mínimo del 55% de la edificabilidad urbanística de uso residencial para la construcción de viviendas de protección oficial de régimen general y especial, y el restante porcentaje hasta el 75%, con destino a viviendas de protección oficial de régimen tasado”.

⁷⁵⁴ Así, por ejemplo, la D.A. 1ª del TRLSMurcia permite al Consejo de Gobierno “...suspender o modificar las reservas obligatorias para vivienda de protección pública a que se refieren los artículos 98, 99 y 101, en función de las previsiones y cumplimiento de los objetivos de los planes sectoriales de vivienda, así como por razones motivadas de la coyuntura del mercado de vivienda”.

exigiendo compensaciones⁷⁵⁵, pero se trata de una práctica riesgosa pues frustra el propósito perseguido con las reservas. De allí que dicho párrafo advierta que cuando se admiten reservas inferiores y se trate de actuaciones de nueva urbanización, *“...se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social”*.

Cabe señalar que la visión reductora de las competencias estatales en materia urbanística que plasmaron las SsTC 61/1997, de 20 de marzo, y 164/2001, de 11 de julio, resulta inevitable que una disposición que reclama un estándar mínimo a los legisladores autonómicos, como el art. 10.1.b) TRLS 2008, sea discutida desde el plano competencial. En abono de su constitucionalidad VAQUER C. invoca las SsTC 152/1988, de 20 de julio, en su FJ 2, y la propia 61/1997, de 20 de marzo, en su FJ 36, pues a su juicio darían a entender que en este caso aplicaría la competencia estatal de dirección de la actividad económica general. Añade que:

“Aunque es cierto que el Tribunal Constitucional también ha advertido que la interpretación de este título genérico debe ser restrictiva en materia de ordenación del territorio y urbanismo, debe advertirse que de lo que se trata aquí no es de reglas urbanísticas, sino de una medida básica de política de suelo: una reserva básica de suelo residencial para vivienda protegida, cuya determinación ulterior se deja al legislador en la materia con un amplio margen de decisión (en cuanto a su precisión técnica, la precisión de su cuantía y su ámbito objetivo de aplicación) y dirigida a asegurar una oferta mínima de suelo a valores de repercusión que hagan económicamente viable la promoción de tales viviendas. Su incidencia directa y significativa en el sector económico y sobre la actividad económica general (como requiere la jurisprudencia constitucional: por todas, STC 21/1999, de 25 de febrero, F.J. 5.º) parece evidente, habida cuenta del peso que en nuestra economía tiene el sector de la construcción residencial y la situación del mercado inmobiliario español, en el que los precios de la vivienda libre la hacen inaccesible a importantes

De igual manera, el art. 40 bis de la LOTRUSCantabria exige de los porcentajes de reserva a los municipios *“de menos de 1.000 habitantes en los que, en los dos últimos años anteriores al del inicio de su procedimiento de aprobación, se hayan autorizado edificaciones residenciales para menos de cinco viviendas por cada cien habitantes y año, siempre y cuando el planeamiento no ordene actuaciones residenciales para más de 50 nuevas viviendas”*. También el art. 69.3 LOTURioja exige de las reservas a los Municipios con menos de 1.000 habitantes.

⁷⁵⁵ P. ej., el art. 5.2.e) de la ya Ley aragonesa 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de Vivienda Protegida, conforme al cual cuando no sea posible *“...hacer efectivas total o parcialmente las reservas para la construcción de viviendas protegidas establecidas en esta Ley por resultar inviable la calificación, dichas reservas podrán sustituirse, en las condiciones que establezca el Gobierno de Aragón, por actuaciones de rehabilitación en el exterior del ámbito de actuación, o su equivalente en metálico, por importe equivalente a la diferencia del precio de mercado de los aprovechamientos residenciales no sujetos a protección y el precio máximo medio legalmente establecido para la vivienda protegida”*.

capas de la población y la vivienda protegida, para poder ser promovida, requiere de suelo a valores de repercusión compatibles con ese destino, lo que no ofrece el mercado libre allí donde más se necesita. La misma filosofía que inspira los patrimonios públicos de suelo, por cierto, cuya regulación básica salvó el Alto Tribunal (STC 61/1997, cit., F.J. 36.º)” (VAQUER C., 2008:110, nota 41)”.

En el mismo sentido conviene reiterar que se ha dicho que éstas serían determinaciones básicas precisas “...para asegurar la efectividad del cuadro de valores y bienes constitucionales en punto a las condiciones mínimas que garanticen la igualdad de todos en la posición fundamental aludida” (PAREJO A. y ROGER F., 2009:189), concretamente en este caso el derecho a una vivienda adecuada según ya revisamos en el Capítulo II (cfr. BAÑO L., 2009:170). También se ha defendido su constitucionalidad en tanto regulación de mínimos dictada “...al amparo de la competencia estatal para la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13) habida cuenta la relevancia económica de los mercados del suelo y de la vivienda, en coordinación con la competencia estatal para establecer las bases del ejercicio del derecho a una vivienda digna y adecuada”, y recordando que la STC 61/1997 validó el art. 280 del TRLS 1992, sobre patrimonios públicos de suelo (IGLESIAS G., 2005:540).

En contra, se ha dicho que al ser un estándar urbanístico impone “...una calificación específica sobre una parte del suelo de la ciudad... pretende ordenar e imponer un modelo de ciudad determinado, en concreto, uno en el que exista una cuota parte de un uso residencial de esa clase”; de allí que “Siendo una técnica urbanística y, al tiempo, un mecanismo dirigido a promover un tipo determinado de vivienda, la competencia autonómica se impone. Así lo dice la Constitución (artículo 148.1.3), lo repiten los Estatutos de Autonomía y lo ha reiterado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional (STC 61/1997, FJ 6 y 24.d)” (VILLAR R., 2008:668). Este último autor sostiene que el título del 149.1.13. CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) sólo cobijaría la actividad promocional de la vivienda de manera restrictiva, pues “...exige que la iniciativa estatal tenga relación directa con la ordenación económica general y, además, que se traduzca en medidas y compromisos concretos —incluso financieros— en orden a la consecución del objetivo perseguido”⁷⁵⁶. Como en este caso no se darían estas circunstancias la norma sería inconstitucional:

⁷⁵⁶ Este autor señala que las SsTC 152/1988, de 20 de julio, y 59/1995, de 17 de marzo, restringen la competencia estatal del 149.1.13, en lo tocante a la vivienda, a lo siguiente: “1) la definición de las actuaciones protegibles, 2) la forma de protección —créditos cualificados, subvenciones—, 3) el nivel de protección que se intenta alcanzar o proteger, y 4) la aportación de recursos estatales que permitan realizar las correspondientes actuaciones” (VILLAR R., 2008:669).

“La Ley se limita a imponer una obligación sobre los legisladores autonómicos en cuanto al modo de ejercer una competencia sobre urbanismo y vivienda que tiene carácter exclusivo. La relación de esta iniciativa con los mercados de suelo y vivienda es, en el mejor de los casos, indirecta; habida cuenta que el precio de esos bienes cuando se destinan a vivienda protegida es tasado y controlado por la Administración Pública. La Ley tampoco contiene medida alguna de cuál sea el compromiso técnico, financiero y jurídico del Estado en orden a la consecución del genérico fin perseguido... Ni siquiera recoge la Ley la necesidad de evaluar, cada cierto tiempo, el grado de cumplimiento de esa medida y sus efectos sobre el mercado inmobiliario. No se cumplen, por tanto, las exigencias constitucionales que acotan el título competencial alegado” (VILLAR R., 2008:669-670).

Cabe señalar que también se alega en contra de este precepto la argumentación dada por la STC 61/1997, de 20 de marzo, el anular el art. 98.3 TRLS 92. Sin embargo, debe recordarse que es indudable que este último aludía a técnicas urbanísticas concretas⁷⁵⁷ y que, en cambio, el precepto de la LS 2007 es mucho más parco precisamente para sortear esa objeción. También a la vista de la jurisprudencia constitucional que hemos comentado⁷⁵⁸ JORDANO F. concluye que “...la previsión es de dudosa constitucionalidad”, concluyendo que ante competencias exclusivas autonómicas y ausencia de título estatal, “—supuesto en el que el legislador estatal no dispone de otro cauce constitucional o éstos no sean suficientes, STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 3— ¿no sería este el ámbito de una Ley de armonización ex art. 150.3 CE?” (2008:337). Con todo, el propio JORDANO F. termina manifestando en ese trabajo su disconformidad con la jurisprudencia constitucional vigente en materia de competencias urbanísticas y plantea la necesidad de revisar la coherencia y corrección (2008:346).

Por otra parte, y dejando de lado el debate competencial, la doctrina también ha formulado críticas sustantivas sobre el sistema de reservas de suelo para vivienda protegida. Las más importantes —excluyendo el problema de su equidistribución, que veremos más adelante— son las siguientes:

i. Su rigidez, especialmente de cara a la autonomía local: En efecto, la existencia de estándares “estatales” reduce el ámbito decisional del planificador, que esencialmente es una autoridad local, con porcentajes que muchas veces no distinguen entre las distintas necesidades habitacionales de municipios pequeños o

⁷⁵⁷ En efecto, aquél disponía que: “Si el Planeamiento General calificara terrenos con destino a la construcción de viviendas de protección oficial u otro régimen de protección pública, considerará esta calificación como un uso específico, asignándosele el coeficiente de ponderación que justificadamente y en coordinación con los criterios de valoración catastral, exprese su valor en relación con el característico del área en que quede incluido”.

⁷⁵⁸ A la que añade las SsTC 213/1994 (FJ 10) y 59/1995.

grandes, ni se adaptan razonablemente a determinadas tipologías constructivas (IGLESIAS G., 2005:538). Sería, por ello, un sistema “agresivo para la discrecionalidad local”, que “...presenta mayores posibilidades, dependiendo de la concreta fórmula normativa empleada, de rigidizar la actuación pública, aunque puede ser también un mecanismo efectivo para el logro de la diversidad del hábitat” (PONCE S., 2002:158). En una línea parecida se ha dicho que la heterogeneidad de los parámetros legales “...puede llevarnos a pensar si no estamos ante una materia más propia del planeamiento —municipal o regional, esa es otra cuestión— que de la legislación”, aunque el mismo autor que formula este juicio admite que la norma estatal tendría una saludable contribución en tres puntos:

“...reconduciendo la referencia a un parámetro homogéneo, como es la edificabilidad residencial; limitando, aunque poco, el abanico de porcentajes obligatoriamente destinados a un uso que condiciona claramente el estatuto de la propiedad del suelo; y, finalmente, estableciendo unos mínimos condicionantes a unas, a veces, extremadamente laxas, habilitaciones a los ejecutivos autonómicos para variar los porcentajes de reserva” (GARCÍA A., 2010:395).

Puede apreciarse que aunque efectivamente este es un riesgo, con fórmulas prudentes no debería ocasionar problemas. De hecho, el art. 10.1.b) TRLS 2008 no parece cuestionable desde este parámetro, que más bien puede invocarse frente a las legislaciones autonómicas, éstas sí mucho más detalladas y, por lo mismo, rígidas.

ii. Su efecto alcista sobre el precio de las viviendas: Un “efecto colateral” que se achaca a las reservas es incrementar el precio de las viviendas libres, pues al ser menor el beneficio de la vivienda protegida los promotores terminarían repercutiendo dicha reducción en el precio de las viviendas libres, lo que también influiría en los módulos de vivienda protegida (GONZÁLEZ P., 2008: 283-284; VILLAR R., 2008:659). Se trata de un problema efectivo y que tiene que ver, en definitiva, con una decisión política, a saber, quien paga el urbanismo, parafraseando el lúcido artículo de GONZÁLEZ-BERENGUER U. (1978). El costo de una ciudad inclusiva —el costo de una vivienda protegida adecuadamente localizada— puede ser cargado a todos los contribuyentes o constituir un estándar exigido para el crecimiento urbano. En el primer caso debe financiarse vía impuestos generales; en el segundo, al menos parcialmente puede ser imputado también a quienes intervienen en dicho crecimiento (propietarios del suelo, promotores y adquirentes).

iii. Su falta de coordinación con la política de vivienda: La materialización de las viviendas protegidas requiere de programas de vivienda protegida que brinden cobertura financiera para poder construir un número de viviendas congruente con

el suelo que se está reservando, actividad de fomento que no es resorte de la autoridad urbanística. Pues bien, no existen mecanismos legales para coordinar unas y otras decisiones.

“...llama la atención la evidente descoordinación entre la programación del número de viviendas susceptibles de protección pública determinado a través de los Convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas a través de las Conferencias sectoriales y la necesaria y automática reserva de suelo para la construcción de un número de viviendas protegidas que, difícilmente, coincidirá con las viviendas susceptibles de ser protegidas... Habida cuenta del desarrollo urbanístico que los municipios españoles han experimentado estos últimos años, en muchas ocasiones motivado por la necesidad de cuadrar los mermados presupuestos municipales, el número de viviendas protegidas que teóricamente resultaban de la fría aplicación de los porcentajes de reserva de suelo para vivienda protegida seguro que ha superado, en muchas ocasiones, las viviendas susceptibles de ser protegidas. De poco o nada sirve exigir a los promotores urbanísticos la construcción de viviendas protegidas si, efectivamente, no pueden ser protegidas, por no garantizarse su financiación” (IGLESIAS G., 2005:537-538).

La ley estatal ha podido enunciar categorías concretas de protección —pues se trata de un aspecto de competencia autonómica—, limitándose a establecer que las reservas deben destinarse a “...vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa”. La legislación autonómica no ha avanzado más en la generalidad de los casos, bastando para emplazar una vivienda en estas reservas que la autoridad pueda limitar o tasar su precio o renta de alquiler, con lo que se estaría en presencia “...de una simple actividad administrativa de intervención en el mercado mediante la limitación de precios, ya no de una política de fomento” (GARCÍA A., 2010:395-396). Con todo, se ha dicho que “...este riesgo debe ser considerado para mejorar la conexión entre estas medidas y los planes de vivienda, estatales y autonómicos, no como excusa para rechazar el uso de este mecanismo. De hecho, el problema de los últimos años ha sido el inverso: disponibilidad de recursos públicos, falta de suelo apto para ser desarrollado” (VILLAR R., 2008:659). Un ejemplo patente es la exposición de motivos de la Ley 1/2006, de 7 de febrero, que modificó la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias, pues afirma que “El éxito del nuevo Plan de Viviendas que está formulando el Gobierno de Canarias pasa inexorablemente por resolver a corto y medio plazo el problema de la escasez de suelo para viviendas protegidas”⁷⁵⁹.

⁷⁵⁹ BOE núm. 117, de 17.05.2006.

c) Las cesiones de suelo edificable. El art. 39.2 TRLS 2008 como garantía de su destinación

Una de las garantías de la transformación de las reservas que hemos estudiado en suelo efectivamente destinado a viviendas sujetas a un régimen de protección —y en las viviendas mismas— es la entrega de una parte de ese suelo a la propia Administración. Una de las reglas básicas de todos los sistemas urbanísticos es que el desarrollador inmobiliario entregue a la Administración —total o parcialmente— los suelos dotacionales que considera el proyecto, vale decir, los correspondientes a viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas.

En España, las cesiones exigidas en el proceso urbanizador pueden remontarse al frustrado Proyecto de Posada Herrera de 1861 (BASSOLS C., 1973:195-198). El urbanismo decimonónico español no concebía una exigencia de este tipo y las leyes de ensanche de 1864, 1876 y 1892 sólo contemplaban una cesión voluntaria y recompensada con beneficios fiscales, de modo que su omisión exigía acudir a la expropiación forzosa. Tímidamente la Ley de 1876 exigirá ceder al menos una quinta parte de los terrenos necesarios para abrir la correspondientes “calle, plaza o paseo” (art. 15), bajo sanción expropiatoria de la totalidad de la finca, pero aún en este caso de efectuarse la cesión se recibían los beneficios fiscales (BASSOLS C., 1973: 157, 307 y 320 y ss.; TEJEDOR B., 1998b:44-46). La Ley de 1892 elevó la exigencia a la mitad de dichos terrenos y mantuvo los estímulos. Se trataba de un sistema anclado en una visión extremadamente liberal del dominio y claramente inconveniente para el interés general⁷⁶⁰.

Habría que esperar a la LS 56 para que se imponga el sistema planteado en el Proyecto de Posada Herrera y se exija ceder, en suelo urbano, “...los terrenos viales y de parques y jardines” (art. 67.3.a), reiterado luego en el art. 114). MARÍN T., comentando este texto en la época de su aprobación, afirmaba que:

“...toda obra pública produce, de un lado, un beneficio para la colectividad y, de otro, suele ocasionar también un beneficio particular a los que tienen intereses en los aledaños de la nueva construcción. Esto es indudable cuando la obra es una nueva vía de comunicación... se produce en estos supuestos una revalorización de las propiedades vecinas que no debe quedar en beneficio de sus titulares, porque se trataría de un enriquecimiento sin causa, sino que debe favorecer al autor de la obra, máxime cuando es la Administración”⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ MARÍN T. indicaba que este sistema perseguía “...armonizar las necesidades del urbanismo con las absolutas garantías que la legislación civil concedía a la propiedad” (1956:561). Puede verse una relación de los absurdos a que llevaba este sistema en *Ibid.*, p. 564-9.

⁷⁶¹ Incluso cita dos STS (las de 16.03.1954 y 26.10.1954) que imputan este beneficio al justiprecio expropiatorio (MARÍN T., 1956:558).

Este autor consideraba a las cesiones una “figura expropiatoria”, pero compatible con la garantía del derecho de propiedad contenida en el Fuero de los Españoles pues “...no es que... carezcan de indemnización, sino que la indemnización va implícita en el mejoramiento de las condiciones de las fincas, después de segregadas las porciones necesarias para vía pública” (MARÍN T., 1956:571)⁷⁶². Un par de años más tarde GARCÍA DE ENTERRÍA afirmaría que el fundamento de las cesiones residía en evitar el enriquecimiento injusto. El prodigioso incremento de valor que experimentaba el suelo rústico al pasar a urbano no era “...de ninguna manera imputable al respectivo propietario, antes bien es imputable a la ciudad, a la colectividad...”, siendo atribuible “...no ya primariamente ni en grado más o menos importante, sino íntegramente... al plan administrativo de ordenación y a las subsiguientes obras de urbanización por él establecidas”. Por lo mismo constituían “...enriquecimientos de que se benefician ciertos administrados en base a actividad administrativa que a los demás administrados toca sostener mediante el pago de impuestos” (1958:496). No exigir las cesiones, en consecuencia, resultaría del todo injusto salvo que se acudiera a la tradicional técnica de las contribuciones especiales. La extrema complejidad de éstas, sin embargo, aconsejaba preferir el sistema de cesiones. En síntesis, de la tradicional contribución dineraria y *ex post* se había transitado a otra en especie y *ex ante*⁷⁶³. DE LOS MOZOS —también en esos años— calificaba a las cesiones de limitaciones (1964:292-293). Últimamente MORELL O. y GONZÁLEZ P. han opinado que son un tributo⁷⁶⁴.

Además del fundamento de esta figura conviene detenerse un momento en su denominación. Hasta la LRSV se hablaba de “cesiones gratuitas” (arts. 14.2, a) y b),

⁷⁶² El autor sitúa las cesiones en la línea de los anteriores sistemas de captación de plusvalías, a saber, la expropiación de zonas laterales (LEF 1879, 1895 y LRL), las contribuciones especiales (LRL y previamente Estatuto Municipal) y la cesión de terrenos viales “estimuladas” de las leyes de ensanche.

⁷⁶³ Puede verse la comparación de ambas técnicas más en detalle en *Ibid.*, p. 497-8. PARADA V. recuerda que desde una perspectiva económica las cargas de urbanización son menores frente a los extraordinarios beneficios producidos, de manera que “...no es de recibo presentar, como a menudo se hace, el cumplimiento de estos deberes o cargas como causa conmutativa y compensadora del derecho a urbanizar, ¡sólo faltaría que los propietarios recibieran solares edificables y la administración corriera con todos los gastos de la expropiación de los viales y de las obras de urbanización!” (2002:433).

⁷⁶⁴ MORELL O. señala que “...en el suelo urbano, el tributo en sentido formal es una modalidad de pago obligatorio en dinero que se combina o, incluso, puede quedar casi sustituido por pagos en especie (cesiones obligatorias de una parte del suelo)” (1999:T. I, 652). GONZÁLEZ P., por su parte, afirma que son “...un impuesto encubierto, un tributo que se paga a las Administraciones sin la contrapartida en prestaciones concretas”. Este impuesto pagado en especie, sin embargo, “no cumple con el mandato constitucional de igualdad que consagra el 31.1 CE”, porque sólo lo pagan “los propietarios de los nuevos suelos que son urbanizados” y no toda la comunidad, y porque existe un tipo fijo en circunstancias que las plusvalías son de cuantía muy diversa (2000:188).

y 18.1 y 2), nomenclatura cuestionada por la doctrina. TEJEDOR B. prefería hablar de “cesión sin coste”, pues ellas persiguen “...evitar que la Administración se vea obligada a pagar con cargo directo a su presupuesto el precio del suelo dotacional...” (1998b:323). GARCÍA BELLIDO las calificaba de “trueques en especie”, ya que cesión supone extraer un derecho ya adquirido por el propietario, lo que no acontecía en estos supuestos. La plusvalía urbanística es producto de las decisiones de la colectividad —los planes—, surgiendo como un añadido extrínseco al suelo. Las cesiones son una de las contrapartidas que permiten al propietario del suelo apropiarse de la plusvalía que puede patrimonializar⁷⁶⁵, con lo que hablar de cesiones sería equívoco a menos que se partiera suponiendo que la plusvalía urbanística corresponde a la propiedad fundiaria.

A las cesiones que acabamos de describir la Ley 19/1975 añadió una nueva variedad: las correspondientes a una parte del aprovechamiento lucrativo en el suelo urbanizable programado, concretamente, “...el 10% del aprovechamiento medio del sector en que se encuentre la finca” (art. 84.3.b), que podía reemplazarse por su equivalencia en metálico en el caso del art. 125.1, y el exceso que tuviere el correspondiente sector sobre el aprovechamiento medio “...de la totalidad del suelo urbanizable programado” (art. 84.2). En el primer caso se trataba de un mecanismo para recuperar plusvalías —siguiendo el mandato del art. 47 CE— y, en el segundo, de uno para facilitar la equidistribución que, en todo caso, permitía al planeamiento imponer cargas más cuantiosas, como los sistemas generales, con lo que también funcionaba como receptor de plusvalías. La LRRUVS 90 amplió estas cesiones y reformuló su concepto. Elevó el porcentaje de la Administración a un 15%, las hizo aplicables al suelo urbano y alteró la redacción del precepto de manera significativa. En vez de hablar de “cesión de aprovechamiento” se limitó a señalar que el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por los propietarios era sólo el 85% del aprovechamiento tipo que correspondía al área de reparto respectiva (art. 27). La obligación de ceder no se refería, por lo tanto, al aprovechamiento —que, en rigor, nunca había estado incorporado al patrimonio del particular— sino que a “...los terrenos en que se localice el aprovechamiento correspondiente a los Ayuntamientos” (art. 20.b).

⁷⁶⁵ Por otra parte, no debe olvidarse que: i) las llamadas cesiones “...constituyen la necesaria condición sine qua non para que los solares puedan cumplir su mínima función y revalorización”; ii) su traspaso significa trasladar a los Municipios “todos los continuos costes de mantenimiento y conservación”; y iii) la cesión del 10% del aprovechamiento materializa el constitucional mandato de participación en las plusvalías generadas por la acción pública, casi “...un sarcasmo, cuando en rigor es lo único que le queda a la colectividad después de regalar todos los demás beneficios y expectativas a la propiedad” (GARCÍA-BELLIDO G., 1989:189-190).

La LRSV siguió esta formulación con dos variantes importantes. La primera es que excluyó de estas cesiones al suelo urbano consolidado. La segunda, que aumentó — en consonancia con el RD Ley 5/1996— el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por los particulares al 90%, admitiendo incluso que la legislación autonómica pudiera elevarlo (pero no reducirlo, como dejó claro la STC 51/2002, de 27 de febrero). De igual modo, esta última podía “...reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo” (arts. 14.2.c) y 18.4), lo que en buenas cuentas moderaba en algo la situación pues permitía exigir que el suelo cedido estuviera libre de cargas⁷⁶⁶, como ocurrió en numerosas leyes autonómicas.

La LS 2007 y el TRLS 2008 introdujeron cambios al sistema tradicional. En lo que nos interesa sólo nos referiremos a las cesiones de aprovechamiento, cuya entrega es ordenada por el art. 16.1.b) del TRLS 2008, que exige en las actuaciones de transformación urbanística (sean de urbanización o de dotación):

“b) Entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística.

En las actuaciones de dotación, este porcentaje se entenderá referido al incremento de la edificabilidad media ponderada atribuida a los terrenos incluidos en la actuación.

Con carácter general, el porcentaje a que se refieren los párrafos anteriores no podrá ser inferior al 5 por 100 ni superior al 15 por 100.

La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá permitir excepcionalmente reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada, hasta alcanzar un máximo del 20 por 100 en el caso de su incremento, para las actuaciones o los ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior, respectivamente, al medio en los restantes de su misma categoría de suelo.

La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá determinar los casos y condiciones en que quepa sustituir la entrega del suelo por otras formas de cumplimiento del deber, excepto cuando pueda cumplirse con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva a que se refiere la letra b) del apartado primero del artículo 10”.

Primero conviene destacar la sustitución de la noción de “cesiones gratuitas” por la de “entrega”, atendiendo a las críticas que acabamos de señalar. Segundo, que el suelo a entregar debe ahora necesariamente estar libre de cargas de urbanización,

⁷⁶⁶ Ambos preceptos exigían: “Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento del correspondiente ámbito; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística. Asimismo, esta legislación podrá reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo”.

lo que marca un claro contraste con el régimen precedente. Tercero, que la ley define como destino preciso de este suelo su integración al patrimonio público de suelo (cfr. art. 38.1 TRLS 2008) —tal como hacía la Ley vasca 7/1994— lo que significa que su primera finalidad será *“ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública”* (art. 39.1 TRLS 2008). Refuerza lo anterior que, si bien la Ley admite que la legislación autonómica pueda sustituir la entrega de suelo por otras formas de cumplimiento del deber (como su equivalente en metálico), suprime esta opción si puede cumplirse *“con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva a que se refiere la letra b) del apartado primero del artículo 10”*. La intensidad de la vinculación entre esta entrega de suelo y la edificación de viviendas sometidas a protección es una de las claves del TRLS 2008. No se trata de un arbitrio hacendístico: se trata de la configuración básica de la actividad urbanística —una prestación patrimonial de carácter público, en los términos del art. 31.3 CE—, cuestión que justifica su regulación estatal. Como ha señalado la doctrina:

“Que la participación de la comunidad en las plusvalías se articule mediante una prestación patrimonial, consistente en la entrega de parte del suelo con aprovechamiento lucrativo de las actuaciones de urbanización, y no mediante un tributo, sólo tiene sentido si esa masa patrimonial se destina a fines propios de la política de suelo y vivienda de la Administración, no a su financiación. Por eso el TRLdS08 prescribe ya en su artículo 16 que estos terrenos integran los patrimonios públicos de suelo, y por eso destina estos patrimonios a determinados fines de interés general, singular y preferentemente la promoción de vivienda protegida. Por eso también prescribe que los suelos a entregar sean de los reservados por el planeamiento a vivienda protegida, cuando los halla en el ámbito de la actuación, cerrando el círculo de la conexión a que nos referíamos. Una conexión de mínimos, que deja entera libertad en los demás al legislador autonómico: ya sea para ampliar la reserva o modularla por circunstancias objetivas en el artículo 10 TRLdS08, para prever la sustitución de la entrega de terrenos por dinero en el artículo 16 TRLdS08, o para disponer qué otros bienes o recursos integran los patrimonios públicos de suelo en el artículo 38 TRLdS08 y a qué otros fines complementarios de la vivienda protegida pueden destinarse en el artículo 39 TRLdS08” (PAREJO A. y ROGER F., 2009:475)

Se trata de una configuración que pretende concretar el estatuto de ciudadanía que ofreció la LS 2007, y prevenir que las cesiones se empleen para financiar cualquier tipo de gastos⁷⁶⁷. A diferencia de la LRSV, que establecía para estos efectos una

⁷⁶⁷ Hay una extendida desconfianza en esta materia, que ve en las cesiones de aprovechamiento un expediente para incrementar las arcas fiscales, si bien es un tema que no ha logrado ser verificado con rigurosidad, como ha puesto de relieve BAÑO L. en un estudio sobre el particular en que concluye que no existían “...estudios

“cesión” máxima del 10%, el TRLS 2008 fija una banda que va entre el 5% y el 15%, a concretar por la legislación autonómica. Esta última puede permitir, excepcionalmente, reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada, con un tope máximo de incremento del 20%.

La mayoría de las leyes autonómicas conservan el 10% que establecía la LRSV. Entre las Comunidades que lo han subido, conforme admite el TRLS 2008, está la LSUPVasco, reformada por la Ley 11/2008, de 28 noviembre⁷⁶⁸, que establece “la obligación de ceder gratuitamente al ayuntamiento, libre de cargas de urbanización, el suelo correspondiente al 15% de dicho incremento sobre la edificabilidad urbanística ponderada atribuida por la ordenación urbanística anterior” (art. 27.2). En sentido semejante pueden verse el TRLOTAU (art. 68) y el TRLUCataluña (arts. 40, 43.1, 45.1 y 94.6)⁷⁶⁹.

d) La equidistribución como herramienta de financiación y homogeneización espacial

Uno de los problemas que genera un régimen de reservas de suelo para vivienda protegida es que el menor valor que tiene esta vivienda en el mercado podría terminar siendo asumido por los propietarios del suelo sujeto a esta calificación, y no por todos los ciudadanos. Para evitarlo se requiere una adecuada distribución de estas calificaciones a nivel de planeamiento de desarrollo y la existencia de un coeficiente de ponderación que exprese el valor específico de estas viviendas —

suficientemente seguros sobre el peso de la gestión urbanística en la financiación local. En particular no se ha medido realmente la importancia de la gestión de los terrenos adquiridos por la vía de las cesiones obligatorias de aprovechamiento que integran el Patrimonio municipal del suelo dada la absoluta falta de transparencia existente al respecto. Tampoco se ha medido la financiación indirecta municipal mediante los compromisos que asumen los promotores en las grandes actuaciones urbanísticas, compromisos institucionalizados en el modelo de gestión de la L.R.A.U. valenciana” (2001:49). Lo anterior no quita que parezca evidente que el peso específico de estas cesiones en los presupuestos municipales es relevante. A modo de referencia puede citarse un trabajo de 2006, que afirma lo siguiente: “...como han puesto de manifiesto Rodríguez Prieto y Fueyo Bros, en un estudio referido a los ejercicios económicos 1998-2000, en torno al 30% de los recursos totales de los municipios españoles, en términos de derechos reconocidos, están vinculados a la actividad urbanística. En el mismo sentido, Mas Cladera, en una ponencia presentada en el II Congreso Nacional de Auditoría en el Sector Público, celebrado en Sevilla los días 30 y 31 de marzo de 2006, mantiene que en el período 2000-2003 los ingresos tributarios relacionados con la actividad urbanística municipal suponen aproximadamente el 30% del total de los ingresos liquidados, y los procedentes de la enajenación de inversiones reales representan el 3,5%” (TERÉ P., 2006:57).

⁷⁶⁸ BOPV núm. 238, de 12.12.2008.

⁷⁶⁹ Modificados por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas (D.O. Generalitat de Catalunya núm. 5537, de 31.12.2009).

diferenciado del de las viviendas de precio libre— en relación con el característico del área de reparto en que quede incluido. Precisamente esto es lo que perseguía el art. 98.3 TRLS 92 al señalar que en estos casos las viviendas sometidas a un régimen de protección pública debían considerarse un “...uso específico, asignándosele el coeficiente de ponderación que justificadamente y en coordinación con los criterios de valoración catastral, exprese su valor en relación con el característico del área en que quede incluido”. Como señaló entonces la doctrina:

“El principal problema que planteaba la afectación de terrenos a esta finalidad residía en la compensación de la limitación que esta determinación urbanística representaba. En la nueva Ley esta cuestión se resuelve, siempre que juegue la técnica del aprovechamiento tipo, mediante la utilización de los coeficientes de ponderación, en cuya virtud el propietario afectado por esta calificación no queda discriminado, siempre que dichos coeficientes reflejen y computen adecuadamente las limitaciones que la expresada afectación o calificación impliquen” (MERELO A., 1993:229).

Precisamente la ausencia de esta garantía ha llevado a que el TS anule justiprecios expropiatorios que pretendían pagar sólo el valor de repercusión de un suelo para viviendas protegidas. GARCÍA A. ha puesto de relieve la existencia de una jurisprudencia del TS que, enfrentada a las reservas de suelo, ya no discute su licitud formal —vale decir, si se respeta o no la reserva de ley— sino que revisa el valor del suelo sobre el que se emplazan (2010:399-404). Con todo, esto tiene un riesgo: puede llevar a pagar expectativas de valoración que aún no se han concretado.

En este grupo se encuentra la STS de 25 de noviembre de 2008 (RJ 2008\7013) que, si bien anula la vinculación del suelo al régimen de las viviendas de protección oficial prevista en el planeamiento urbanístico al estimar que no existía habilitación legal⁷⁷⁰, afirma que admitir estas calificaciones para valorar el justiprecio expropiatorio produciría efectos injustos, pues:

“...la valoración de terrenos de similares características variaría considerablemente en función de un dato tan aleatorio —por no decir puramente discrecional— como que el área donde se encuentren sea destinada a la construcción de viviendas protegidas, en lugar de viviendas libres. Sería contrario al principio de equidistribución de beneficios y cargas que las medidas de política social, como son las destinadas a la construcción de viviendas de protección oficial, **se realizaran a**

⁷⁷⁰ Cuestión sorprendente dado que el uso característico de vivienda de protección pública provenía de la modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao de 11 de abril de 1997, en circunstancias que la Ley vasca 17/1994, de 30 de junio, había sido la primera en implementar estos estándares.

costa únicamente de los antiguos dueños de los terrenos donde han de ubicarse dichas viviendas protegidas” (FJ 5, destacado nuestro).

Lo anterior se resuelve valorando estas viviendas como si el uso de la finca expropiada fuese residencial, sin ulteriores calificaciones. El mismo criterio se repite en la STS de 15 diciembre de 2008 (RJ\2009\352). Esto envuelve, entonces, la necesidad de equidistribuir los usos residenciales homogenizando la específica calificación de vivienda protegida para así articular el principio de igualdad con la “lotería” de la planificación urbanística, fuente inevitable de tratamientos diferenciados –tanto favorables como perjudiciales– para los propietarios sometidos a ella. Con ello, finalmente, todos los propietarios deberían obtener un mismo resultado.

e) Las potencialidades de las leyes autonómicas de vivienda

Por último, conviene aludir brevemente al impacto que en materia de segregación socioespacial pueden tener las leyes autonómicas de vivienda, que empiezan a despuntar. Hasta el momento pueden citarse especialmente las siguientes Leyes:

- LDVCataluña;
- Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja⁷⁷¹;
- Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida de Aragón⁷⁷².
- Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía⁷⁷³.
- Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León⁷⁷⁴.

También pueden mencionarse las siguientes iniciativas:

- El Anteproyecto navarro de Ley Foral del Derecho a la Vivienda;
- El Anteproyecto de Ley de Garantías en el Acceso a la Vivienda de Castilla-La Mancha; y
- El frustrado Proyecto vasco de Ley de garantía del derecho ciudadano a una vivienda digna que decayó debido al cambio de legislatura de 2009.

En este conjunto de leyes pueden identificarse algunas líneas que resultan de especial importancia:

⁷⁷¹ BOE núm. 76, de 29.03.2007.

⁷⁷² BOE núm. 14, de 16.01.2004.

⁷⁷³ BOE núm. 77, de 30.03.2010.

⁷⁷⁴ BOCyL núm. 173, de 07.09.2010.

i. Previsiones para coordinar las políticas urbanísticas y de vivienda.

En esta materia destacan los Planes de vivienda y suelo de la Ley andaluza, a nivel local (art. 11) y autonómico (art. 12). Expresamente esta Ley señala que *“Los diferentes instrumentos de planeamiento de desarrollo deberán definir, en los suelos de reserva para vivienda protegida, los porcentajes de vivienda de las diferentes categorías establecidas en el correspondiente Plan Municipal de Vivienda y Suelo”* (art. 10.3), y añade en el ámbito municipal que *“Los planes municipales de vivienda y suelo se adecuarán a las características específicas del municipio e incluirán una programación temporal de las actuaciones que resulten necesarias para satisfacer las necesidades de vivienda en su correspondiente municipio. El planeamiento urbanístico municipal se realizará en coherencia con el contenido de los planes municipales de vivienda y suelo”* (art. 13.3).

La LDVCataluña advierte, ya en su inicio, que una de sus finalidades es, precisamente, *“Establecer criterios para asegurar la coherencia de las actuaciones públicas y privadas de promoción y rehabilitación de viviendas con las políticas públicas de desarrollo económico, social y urbanístico”* (art. 2 b). Para ello crea tres instrumentos de planificación y programación de vivienda, un plan territorial sectorial de vivienda, programas supralocales de vivienda y planes locales de vivienda (art. 11.2) y destina su capítulo II a regular la situación de la vivienda en el planeamiento urbanístico. Especial interés tiene la figura de la memoria social, como *“instrumento de justificación razonada de las decisiones adoptadas en el planeamiento que repercuten en la vivienda”*, debiendo *“exponer los criterios que fundamentan las decisiones relativas al modelo residencial adoptado y debe justificar el cumplimiento de las directrices establecidas por el artículo 16 y el desarrollo de los instrumentos de política de suelo y vivienda”* (art. 20.1, en relación con el art. 59.1.h) del TRLUCataluña).

ii. Directrices sobre cohesión social.

La Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, señala que reglamentariamente se establecerán *“...los niveles de calidad y parámetros mínimos exigibles a las viviendas que se construyan en Andalucía, con criterios de adaptación a la diversidad de unidades familiares, contribución a la cohesión social, incorporación de las innovaciones tecnológicas e información para el acceso a la vivienda”*. (art. 3.3). Asimismo, dispone que el planeamiento urbanístico *“promoverá la cohesión social en las ciudades y pueblos de Andalucía, como garantía de una adecuada integración urbana y para la prevención de fenómenos de segregación, exclusión, discriminación o asedio por razones socioeconómicas, demográficas, de género, culturales, religiosas o de cualquier otro tipo”* (art. 10.1). Ya nos referimos a

las directrices de la LDVCataluña (art. 16) de manera que no abundaremos sobre ello.

iii. La vivienda como servicio público.

La LDVCataluña califica al conjunto de actividades vinculadas con la provisión de viviendas destinadas a políticas sociales “...como un servicio de interés general para asegurar una vivienda digna y adecuada para todos los ciudadanos” (art. 4.1). Asimismo, contempla un sistema general de “viviendas dotacionales públicas” (arts. 18 LDVCataluña y 34.3 TRLUCataluña).

iv. La exigibilidad del Derecho a la Vivienda.

La Ley andaluza establece condiciones precisas para ser beneficiario de una vivienda (art. 5) y declara, en su artículo 24, la existencia de mecanismos de protección jurisdiccional tanto para reclamar esos beneficios como para instar por la aprobación del Plan Municipal de Vivienda y Suelo y la ejecución de su programación. El Anteproyecto de Ley de Garantías en el Acceso a la Vivienda de Castilla-La Mancha, a su turno, contempla como señala su nombre una Garantía de Acceso a la Vivienda en tanto se cumplan los requisitos objetivos que la Ley contemplaría.

v. El objetivo de solidaridad urbana.

Uno de los aspectos más interesantes de la LDVCataluña es que, siguiendo el modelo francés, establece como programa que “...todos los municipios de más de 5.000 habitantes y las capitales de comarca deben disponer, en el plazo de veinte años, de un parque mínimo de viviendas destinadas a políticas sociales del 15% respecto al total de viviendas principales existentes, tal y como las define el artículo 3, considerando las circunstancias propias de cada municipio y de acuerdo con el calendario que se establezca por reglamento” (art. 73.1). Con todo, no se artículo un sistema de sanciones sino, más bien, uno de incentivos (y un “Fondo de solidaridad urbana”, art. 76). También se crea un Observatorio del Hábitat y la Segregación Urbana con la finalidad “...de conocer la situación en términos cuantitativos y cualitativos de la vivienda en general y de la vivienda de protección oficial en particular, la distribución territorial y la inserción en los respectivos tejidos urbanos, así como para medir, de acuerdo con los indicadores que se establezcan por reglamento, la segregación urbana existente” (D.A. 7ª), abierto a la comunidad.

2.2.2. El caso chileno.

a) El panorama general: la ausencia de directrices, estándares y reservas

En contraste con el régimen español o el francés, el modelo urbanístico chileno carece de directrices, estándares y reservas. Lo anterior se explica en el contexto de una regulación urbana notoriamente débil y que, como vimos, ha sido puesta al servicio de la política de vivienda en tanto actividad económica. Esta orfandad agudiza la discrecionalidad gubernativa en este ámbito. Por otro lado, dado que el sistema chileno funciona sobre la base de actuaciones asistemáticas resulta difícil estructurar reservas de suelo.

En este contexto, desde fines de la década de los 90 se ha procurado establecer mecanismos que contribuyan a generar ofertas de suelo urbano bien localizado para la vivienda social o que eleven los estándares de las viviendas sociales.

b) El modelo de los desarrollos urbanos condicionados: de las ZDUC de Chacabuco a los PDUC

Uno de los primeros intentos para promover un crecimiento autocontenido y armónico que considerase necesariamente la vivienda social se dio al extender en 1997 el Plan Regulador Metropolitano de Santiago (en adelante PRMS)⁷⁷⁵ a la provincia de Chacabuco, lo que implicaba ampliar su área urbanizable a 74.335 ha⁷⁷⁶. En esta última se contempló un área específica de 4.107 ha discontinuas calificada como “Zonas Urbanizables de Desarrollo Urbano Condicionado” (ZDUC), que el Plan describe como zonas habitacionales mixtas (arts. 3.1.1.1 y 3.6 Ordenanza PRMS) con bajos grados de urbanización o sin ninguna (en muchos casos se trataba de terrenos dedicados a la agricultura) y que, por lo mismo, debían tener condiciones urbanísticas muy limitadas, típicas de sectores periurbanos o rurales. Lo novedoso es que se permitió incrementar aquéllas⁷⁷⁷ para realizar proyectos inmobiliarios de gran escala con tal que el gestor del proyecto (que en el modelo chileno es el dueño del terreno en que se emplaza) efectuase inversiones que permitan constituir asentamientos urbanos autosuficientes, esto es, que absorbieran las externalidades negativas que producirían este tipo de iniciativas.

⁷⁷⁵ Aprobado por Res. N° 20/1994 GORE Metropolitano (D.O. 04.11.1994).

⁷⁷⁶ La ampliación del PRMS a la provincia de Chacabuco fue sancionada por la Res. N° 39/1997 GORE Metropolitano (D.O. 12.12.1997).

⁷⁷⁷ Consiste en pasar de una densidad habitacional bruta promedio de 10 hab/ha (que, de acuerdo al art. 2.1.22 OGUC representa 2,5 viviendas) a otra de hasta 100 hab/ha (que conforme la misma norma representa 25 viviendas, o sea, un incremento del 900%), y de un coeficiente máximo de constructibilidad de 0,15 habitacional y 0,3 para otros usos, a otro de 1,20 genérico (esto es, subiendo de un máximo de 4.500 m²/ha a 12.000 m²/ha, lo que representa un incremento del 166,66%).

El art. 4.7 de la Ordenanza PRMS listó los requisitos a cumplir como condiciones para aumentar los indicadores urbanísticos⁷⁷⁸. Una de estas “condiciones” fue que al menos el dos por ciento (2%) de la superficie total loteada o urbanizada (que debe tener la menos 300 ha) tuviese una densidad bruta de 300 a 400 hab/ha y el tres por ciento (3%), al menos, una de entre 401 y 500 hab/ha, con altura máxima de edificación de 7 metros. Esta zonificación debía conducir a que ese 5% de la superficie del proyecto se destinara a viviendas sociales dado que obtener tales densidades es prácticamente imposible con viviendas de otro tipo. La memoria explicativa de esta modificación señala que se “...pretende inducir la edificación de viviendas sociales y económicas, a efectos de evitar la fuerte y evidente segregación social que se da actualmente en los centros urbanos” (MINVU, 1997:56). Con todo, la Ordenanza del PRMS no aludió explícitamente a la edificación de viviendas sociales porque se estimó que habría significado transformar esta concreta tipología en un “uso de suelo”, cuestión jurídicamente riesgosa dado que probablemente tanto los Tribunales de Justicia como la Contraloría General de la República — órgano constitucionalmente autónomo que controla preventivamente la legalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria (arts. 98 y 99 CPR)— rechazarían interpretar en este sentido la LGUC, que habla de usos de suelo más bien genéricos⁷⁷⁹, en una línea semejante a la que expusimos a propósito de las Directrices de Planeamiento Territorial y Urbanístico madrileñas⁷⁸⁰. De allí que el MINVU optase por inducir la construcción de estas viviendas fijando densidades propias de esta tipología⁷⁸¹. Esta preocupación no parece excesiva si se considera que la doctrina planteó dudas acerca de la legalidad de las ZUDC en sí mismas⁷⁸².

⁷⁷⁸ El encabezado del artículo 4.7 dispone: “En las Zonas Urbanizables con Desarrollo Condicionado (ZUDC) se aprobarán proyectos o anteproyectos de loteos habitacionales que contemplen una densidad bruta promedio de 85 Hab/Há, con una tolerancia de 15 Hab/Há, y un coeficiente máximo de constructibilidad de 1,20, aumentándose así los indicadores previstos en el artículo 3.3.6. de esta Ordenanza. Sin embargo, **el otorgamiento de los respectivos permisos sólo podrá obtenerse si se cumplen las siguientes condiciones que justificarán dichos aumentos...**” (negritas nuestras).

⁷⁷⁹ La OGUC exige especificar en cada plano de loteo o subdivisión los usos de suelo y condiciones asignados a cada lote entre los permitidos por el plan, determinación que pasa a ser parte del Plan Regulador Comunal o Intercomunal, en defecto del primero, al aprobarse el respectivo plano, de conformidad a lo establecido en los artículos 2.2.9 OGUC y 69 LGUC.

⁷⁸⁰ *Supra* apartado 2.2.1. b), en este mismo Capítulo.

⁷⁸¹ Un estatuto semejante regía el resto de las áreas urbanizables de los municipios de la provincia de Chacabuco, todas adyacentes a los áreas ya urbanizadas, que se denominaron áreas urbanizables de desarrollo prioritario (AUDP) asignándoseles una densidad bruta promedio de 85 Hab/Há con una tolerancia de 15 Hab/Há. En ellas se permitió el uso habitacional, de equipamiento y de actividades productivas de carácter inofensivo. Para generar una competencia entre los proyectos a emplazar en las ZUDC y en las AUDP el art. 4.3.4.1. de la Ordenanza del PRMS exige que los proyectos de loteo o

En 2003 esta modalidad fue extendida a las “áreas de interés silvoagropecuario” a través de una nueva modificación del PRMS que introdujo los denominados “Proyectos Urbanos con desarrollo condicionado” (PDUC)⁷⁸³, instrumentos de desarrollo inmobiliario regulados en el art. 8.3.2.4. de la Ordenanza del PRMS que siguiendo el procedimiento descrito en ese artículo permiten que los titulares de terrenos de 300 ha situados en esas áreas soliciten a la SEREMI Metropolitana de Vivienda y Urbanismo que remita el proyecto al Gobierno Regional para que, en esos paños específicos se modifique el plan —de allí que se hable de “ZUDC flotantes”— permitiendo su uso urbano (con densidad bruta promedio de 85 hab/ha), bajo el compromiso de mitigar las externalidades que provoque el proyecto y realizar una serie de inversiones urbanas. La solicitud requiere ser informada favorablemente por la SEREMI ya señalada, la de Agricultura y el Municipio y contar con un Estudio de Impacto Urbano, y constituye una modificación del plan, tramitándose como tal⁷⁸⁴. También aquí una de las

urbanización a emplazar en las segundas sean también precedidos de un Estudio de Impacto Urbano cuyo ámbito “...corresponderá al cuadrante definido por las vías intercomunales o metropolitanas que circundan el terreno en que se emplaza el proyecto y señalará los requisitos para permitir su factibilidad e insertarlo adecuadamente en la estructura urbana, definiendo: accesibilidad, equipamiento y riesgos”. Tratándose de loteos de superficie superior a 5 ha deben cumplirse las mismas densidades habitacionales que se establecen en las ZUDC para generar heterogeneidad social. Finalmente, el estudio consignará la solución de todo estos aspectos “...en términos de obras específicas, indicando el financiamiento de ellas y los plazos de materialización de las mismas” y se requiere que sea “...informado favorablemente por la Secretaría Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo, previo al otorgamiento del permiso respectivo...”, con lo que tal como en el caso de las ZUDC se trata de una figura que queda bajo el control de la SEREMI y no de la Municipalidad, en tanto no se aprueben los respectivos planes reguladores comunales.

⁷⁸² “Estas zonas corresponden a un acto administrativo que no posee una base normativa en términos tales de que no se contemplan los ZUDC en la LGUC ni en la OGUC, incluso podría afirmarse que contravienen el art. 55 LGUC que impide urbanizaciones y construcciones fuera del límite urbano, cuestión entregada a la planificación urbana-regional, la que tampoco se ha desarrollado en nuestro país...” (GILLMORE L. & GUERRERO P., 2001:46).

⁷⁸³ Regulados en el art. 8.3.2.4 Ordenanza PRMS, añadido por la Res. N° 107/2003 GORE Metropolitano (D.O. 11.12.2003).

⁷⁸⁴ Originalmente se pretendió que fueran suficientes los informes señalados y el estudio de impacto urbano, pero el Dictamen de Contraloría General de la República N° 17.018/2003 representó la modificación del PRMS argumentando que se apartaba “...del sistema legal vigente en materia de regulación y desarrollo de las áreas rurales, contenido básicamente en los artículos 52 a 57 del DFL. N° 458, de 1975, LGUC. En especial, se infringe lo dispuesto en el artículo 55”. También se vulneraba la medida M1OTR 9 del Plan de Prevención y Descontaminación de Santiago, aprobado por D.S. N° 16/1998, MINSEGPRES, que exige a la SEREMI de Vivienda y Urbanismo “...cautelar que el artículo 55 de la LGUC, que permite la construcción fuera del límite urbano, se reserve prioritariamente para situaciones tales como villorrios agrícolas y subdivisiones o

condiciones es que un 30% del total de viviendas que allí se emplacen puedan adquirirse mediante los programas públicos de subsidio habitacional, de los cuáles el 40% debe ser social —o sea, 12% sociales y 18% “subsidiables no sociales”—, debiendo localizarse en zonas con una densidad bruta inferior a 400 hab/ha. En esta modificación el MINVU descartó los temores de 1997 y combinó derechamente la zonificación con tipologías de viviendas concretas, lo que fue admitido por Contraloría.

Los casos explicados constituyen una suerte de subsidio cruzado entre los usos más rentables de los proyectos (o la expectativa de las plusvalías) y la vivienda social, pero restringido a la pura Región Metropolitana de Chile y apenas a una parte de su zona de expansión urbana (las ZUDC y las áreas de interés silvoagropecuario). Lamentablemente no hay evidencia que señale que estas fórmulas han sido exitosas. El último proyecto de Ley de Planificación, ingresado al Parlamento en 2008 pero cuya tramitación es incierta⁷⁸⁵, recogió los mecanismos de desarrollo urbano condicionado como una “modalidad de tipo flexible orientada a promover el crecimiento urbano mediante el cumplimiento de estándares de diseño urbano, integración social u obras de mitigación ambiental y urbanística⁷⁸⁶. Concretamente, admitía que los planes urbanísticos contemplasen zonas en que pudiera accederse a cambios en las normas (como “mayor densidad, constructibilidad, altura, ocupación de suelo, nuevos usos permitidos o reducción de la subdivisión predial”), siempre que, en compensación, concretasen “al interior del predio, en el espacio público o en otros predios”, determinadas obras u obligaciones. Una de ellas era “Incorporar obligatoriamente porcentajes de tipos de vivienda en sus proyectos” (nuevo art. 55 LGUC, inc. 2º c).

Con todo, no puede dejar de señalarse que el desarrollo urbano condicionado cifra el combate contra la exclusión social en el aumento del suelo urbanizable, esto es,

construcciones que deban emplazarse fuera de dicho límite por corresponder a las obras necesarias para la explotación de un recurso allí localizado”. De allí que se reformulara la propuesta exigiendo modificar el PRMS en cada caso, lo que Contraloría admitió. En su dictamen N° 37.021/2005 el ente contralor recoge los informes del Ejecutivo que señalan que éste sería un “un procedimiento preliminar para determinar la factibilidad de modificar el Plan Regulador Metropolitano de Santiago, cumpliendo con los requisitos legales para realizarlo”, el que “permite que diferentes actores públicos puedan en forma previa establecer la factibilidad técnica para que la SEREMI de Vivienda y Urbanismo proponga la modificación del Plan Regulador Metropolitano de Santiago, y de esta forma impedir en forma temprana que se evalúen instrumentos que no tienen posibilidad de prosperar”. Añade que bajo ninguna circunstancia este procedimiento limita la facultad del GORE “...para rechazar tales proyectos en los casos que así lo estime procedente”.

⁷⁸⁵ Se trata del “Proyecto de ley que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones en materia de planificación urbana” (Boletín N° 5719-14, 11.01.2008), cuya tramitación no registra avances desde julio de 2008.

⁷⁸⁶ Exposición de Motivos, Boletín N° 5719-14, 11.01.2008.

supone un incremento de la oferta de suelo que reserva un porcentaje para el área urbana lo que está lejos de resolver el problema. La última propuesta de modificación del PRMS que insiste en esa idea —y que recientemente ha sido rechazada⁷⁸⁷— fijaba como uno de sus objetivos centrales la integración social, para lo que planteaba “reducir los patrones de segregación, acercando la vivienda social a centros de empleo, induciendo el desarrollo de barrios más mixtos e invirtiendo en equipamiento e infraestructura”, con una medida concreta: condicionar el desarrollo de las 6.500 ha que se incluirían dentro del límite urbano con fines habitacionales a que destinasen a vivienda social un 18% de las 163.000 nuevas viviendas que se podría edificar en ellas, lo que permitiría construir 29.340 viviendas sociales. Pues bien, TRIVELLI O. (2009b) señala que esto apenas equivaldría a “...1,5 veces la cantidad de viviendas sociales que se construyeron en la Región Metropolitana en el año 2004 y el triple de las que se construyeron en el año 2006”, con lo que la medida alcanzaría “...para satisfacer las necesidades de dos a tres años, siempre y cuando los terrenos beneficiados con la ampliación del límite se desarrollaran íntegramente en forma inmediata”. Y pone de relieve la insuficiencia de esta medida agregando:

“Por esta razón, la medida de ampliar el límite con el propósito de proveer suelo para el desarrollo de vivienda social a través de la planificación por condiciones formulada en esta propuesta de modificación del PRMS parece ineficaz e insuficiente. Porque si este fuera el camino a seguir como política de suelo del MINVU, tendría que ampliarse el límite urbano cada año o cada dos años para poder proveer las necesidades de suelo para las viviendas sociales. Esto, siempre y cuando los terrenos incorporados fueran desarrollados inmediatamente, y con mayor frecuencia aún, si los terrenos dilataran su desarrollo en el tiempo” (TRIVELLI O., 2009b).

c) Los estándares urbanísticos inclusivos como exigencias de los programas de vivienda social: FSV, subsidio a la localización y Proyectos de Integración Social

Históricamente el ordenamiento jurídico chileno ha definido a las viviendas sociales atendiendo sólo a dos criterios: la superficie que tienen y su valor de tasación. Aspectos como la integración social, las condiciones de habitabilidad o los que definen que una vivienda sea adecuada, según la Observación General Nº 4 del CESCR⁷⁸⁸, han sido ignorados. Así, el art. 3º del D.L. Nº 2.552/1979⁷⁸⁹ define vivienda social como aquélla con una superficie edificada inferior a 140 m², de

⁷⁸⁷ Fue rechazada en la sesión del Consejo Regional Metropolitano del 30.06.2010.

⁷⁸⁸ *Supra* Capítulo 2, apartado 3.1.1.b).

⁷⁸⁹ D.O. 23.02.1979.

carácter definitivo y con un valor de tasación menor a 400 UF (que equivalen a cerca de € 12.000), incrementable hasta en un 30% tratándose de viviendas en régimen de copropiedad⁷⁹⁰. Se trata de una definición tributaria de las normas de fomento de la vivienda de mediados del siglo pasado, como el D.F.L. N° 2/1959⁷⁹¹ o la Ley N° 9.135 (“Ley Pereira”) ⁷⁹².

Esta falencia llevó a que en 2006 se reformulara la normativa del programa habitacional dirigido al quintil (20%) más pobre de la población⁷⁹³ (pobres e indigentes), denominado “Fondo Solidario de Vivienda” ⁷⁹⁴, para agregar un “Cuadro Normativo” con estándares mínimos que deben reunir las viviendas financiadas por aquél. Además, se eliminó la referencia a que la vivienda financiada debía ser de tipo social⁷⁹⁵ para poder entregar viviendas de precios superiores a 400 UF. Los estándares del “Cuadro Normativo” incluyen dimensiones mínimas, espacios de separación mínimos, localización, etc.⁷⁹⁶, y representan un desarrollo del derecho a la vivienda en la línea planteada por el Comité de DESC de la ONU. Asimismo, uno de los aspectos evaluados para la selección de los proyectos beneficiarios de este programa es la calidad de la vivienda en sí misma (p. ej., las áreas destinadas a la circulación, la distribución de los recintos, la superficie inicial, la iluminación y asoleamiento, etc.), la de su localización y la de los espacios y servicios públicos con que cuenta (factibilidad sanitaria, red vial, acceso a servicios y transporte público, equipamiento, etc.)⁷⁹⁷. Otra innovación interesante en esta materia fue la ya comentada modificación del PRMS de 1997, que entre las condiciones que debían cumplir las ZUDC para obtener los respectivos permisos de edificación incluyó un cuadro de estándares mínimos de equipamiento, lo que supone garantizar un umbral determinado de

⁷⁹⁰ El art. 40 de la Ley N° 19.537, de Copropiedad Inmobiliaria (D.O. 16.12.1997), permite este incremento (véase también el art. 6.1.2. OGUC).

⁷⁹¹ D.O. 31.07.1959.

⁷⁹² D.O. 30.10.1948.

⁷⁹³ Según el Instrumento de Caracterización Socioeconómica vigente que es, desde 2006, la “Ficha de Protección Social”.

⁷⁹⁴ Creado por el D.S. N° 155, V. y U. (D.O. 14.09.2001), y actualmente regulado por el D.S. N° 174, V. y U. (D.O. 09.02.2006).

⁷⁹⁵ Véase el número 3.1 del artículo único del D.S. N° 126, V. y U. (D.O. 18.08.2007).

⁷⁹⁶ El artículo 19 del D.S. N° 174/2005, V. y U., dispone que *“La vivienda deberá cumplir con el estándar mínimo que señala el presente artículo y con las dimensiones y espacios de separación mínimos indicados en el Cuadro Normativo que se inserta a continuación, debiendo contemplar una ampliación proyectada que, al ser sumada a la superficie inicial, alcance una superficie total no inferior a 55 m²...”*. A continuación se incluyen el “Programa Arquitectónico mínimo y mobiliario” que grafica en un plano el “Comedor Estar”, la cocina y el primer y segundo dormitorios.

⁷⁹⁷ Puede verse a este respecto el art. 35 N° 5 del D.S. N° 174/2005, V. y U., que contiene una “Pauta de evaluación de la vivienda y localización” para objetivar las distintas variables.

servicios urbanos instalados —y no sólo de superficies cedidas por los urbanizadores— sobre la base de la población prevista y el radio de influencia que cabe esperar de cada equipamiento⁷⁹⁸. De hecho, como era previsible que las exigencias de este cuadro superaran las cesiones de terrenos previstas en el art. 70 de la LGUC el inciso final del art. 5.3.1 de la Ordenanza del PRMS advierte que si ello ocurriera el exceso debería “destinarse” y no cederse, “...a los fines señalados en el cuadro precedente, según corresponda”, de manera de evitar posibles reproches de ilegalidad e, incluso, inconstitucionalidad. La misma figura se utilizaría en 2001 para el área urbanizable de la comuna de Maipú⁷⁹⁹.

⁷⁹⁸ El art. 5.3.1 de la Ordenanza del PRMS contiene el siguiente recuadro de “estándares mínimos de equipamiento”:

Equipamiento		Estándar Mínimo			
Tipo	Nombre	Módulo de Población (Nº Habitantes)	Terreno (m²/hab)	Coeficiente de Constructibilidad	Radio de Influencia (Km)
SALUD	Centro Especial Ambulatorio	40.000	0,020	0,010	12
	Postas	40.000	0,020	0,016	8
	Consultorio	20.000	0,060	0,030	5
EDUCAC.	Básica y Media diferencial	20.000	0,14	0,042	5
	Media Técnica	20.000	0,14	0,042	5
	Media Científico – Humanística	5.000	0,35	0,011	2
	Básica	3.000	0,75	0,300	2
SEGURIDAD	Tenencia o Retén	10.000	(*)	(*)	5
	Cuartel de Bomberos	10.000	(*)	(*)	5
AREAS VERDES (**)	Parque (mayor 4 ha)	20.000	---	---	3
	Plaza Vecinal (mayor 0,8 ha)	2.000	---	---	1
DEPORTES	Gimnasio (500 espectadores)	10.000	0,30	0,10	12
	Cancha de Fútbol	10.000	0,80	0,01	5
	Multicancha	5.000	0,12	0,01	2
SERVICIOS	Centro Local de Servicios	20.000	0,08	0,05	5

(*) Programa mínimo definido por organismo competente.

(**) Las áreas verdes resultantes deberán cumplir con lo dispuesto en el artículo 3.3.5 de la presente Ordenanza. Los porcentajes correspondientes a cesiones se distribuirán cumpliendo los siguientes estándares mínimos:

- Parque (superficie unitaria mayor a 4 ha) : 20%
- Plazas vecinales (superficie unitaria mayor a 0,8 ha) : 50%
- De libre disposición del proyectista: 30%

⁷⁹⁹ Se trata del art. 5.3.2 de la Ordenanza PRMS, que exige un Estudio de Suficiencia de Equipamiento a los anteproyectos y proyectos de urbanización y/o loteo que se emplacen en el área urbanizable de la comuna de Maipú en terrenos de superficie igual o superior a 7 ha o que consulten la construcción de 300 ó más viviendas. Para estos efectos el mismo artículo contempla un recuadro semejante al de la nota anterior, añadiendo que si tras aplicar el recuadro las demandas del proyecto superen a la oferta existente, el proponente deberá “destinar los terrenos necesarios para satisfacer la nueva demanda de acuerdo a los indicadores señalados en el cuadro”, quedando éstos “gravados con el destino correspondiente” y admitiendo que en caso que no se consoliden los equipamientos en un plazo de 5 años se cumplir este deber “...ya sea cediendo voluntariamente al municipio la diferencia resultante entre lo exigido en el art. 2.2.5. de la OGUC y la superficie calculada por el Estudio de Suficiencia de Equipamiento, o entregando los terrenos a organizaciones públicas o privadas que estén dispuestas a su materialización”. La norma admite que los terrenos puedan localizarse “...en

También la normativa de vivienda social ha generado algunos instrumentos para incrementar la disponibilidad de suelo bien localizado que sea compatible con el precio de estas viviendas y evite que sean desplazadas a las peores localizaciones. Se trata de las siguientes:

- i. El “subsidio diferenciado a la localización” para los proyectos del Fondo Solidario de Vivienda, introducido en 2006⁸⁰⁰ y actualmente incorporado en el Título XVI de su Reglamento. Se trata de una subvención destinada al financiamiento “de la adquisición del terreno en el cual se emplazará el proyecto de construcción” (art. 64) o del precio de adquisición de viviendas ya construidas o viviendas usadas (art. 65 bis), de manera que aquéllas puedan situarse en mejores localizaciones pese a su mayor costo. Su monto se fija atendiendo a distintos factores, diferenciándose según cada ciudad⁸⁰¹, y puede alcanzar hasta 200 UF por vivienda⁸⁰², esto es, aproximadamente € 6.000.
- ii. Los “Proyectos Habitacionales de Integración Social”, creados en 2007⁸⁰³, figura que consiste en incluir en un proyecto habitacional, como mínimo, un 30% de viviendas correspondientes al Fondo Solidario de Vivienda y, también como mínimo, un 30% de viviendas susceptibles de ser adquiridas con aplicación del subsidio habitacional general, destinado a los sectores medios⁸⁰⁴. Para incentivar esta mezcla se otorga un bono adicional de hasta 100 UF (cerca de € 3.000) a los titulares de subsidios habitacionales generales que opten por este tipo de proyectos.

la comuna según el radio de influencia respectivo, dentro o fuera del área del proyecto o anteproyecto de urbanización y/o loteo”. Además, “...en los casos que producto de la aplicación de estándares resulten superficies prediales menores a las mínimas para cualquier nivel o tipología de equipamiento, con excepción de las áreas verdes, el propietario podrá destinarlas a una de las categorías de equipamiento educacional indicadas en el cuadro precedente”. Agregado por la Res. N° 46/2000 del GORE Metropolitano (D.O. 16.03.2001).

⁸⁰⁰ D.S. N° 226, V. y U., de 2006 (D.O. 22.11.2006).

⁸⁰¹ Cfr. arts. 65, 65 bis y 68 del D.S. N° 174/2005, V. y U. Tampoco puede excederse el máximo que se defina para cada ciudad mediante Resolución del Ministro(a) de Vivienda y Urbanismo.

⁸⁰² Para obtenerlo, el proyecto debe cumplir con las siguientes condiciones: a) Tener como máximo 150 viviendas; b) Estar en ciudades de 5 mil o más habitantes; c) Obtener calificación máxima en los factores de localización del art. 35; d) Contar con al menos un 60% de integrantes del grupo provenientes de la agrupación de comunas donde está ubicado el terreno. El monto de este subsidio se fija según un factor del avalúo fiscal de los terrenos y la densidad del conjunto habitacional. Para evitar que el subsidio se desnaturalice la vivienda construida no puede venderse durante 15 años, contados desde la fecha de inscripción en el Conservador de Bienes Raíces (arts. 64 a 74).

⁸⁰³ D.S. N° 88, V. y U., de 2007 (D.O. 19.06.2007).

⁸⁰⁴ Se trata del “Sistema de Subsidio Habitacional” creado en 1978 y actualmente regulado por el D.S. N° 40, V. y U. (D.O. 19.03.2004).

d) Una propuesta alternativa frustrada: las cesiones del urbanizador para vivienda social

En el Gobierno anterior se anunció repetidas veces (en 2006 y 2007)⁸⁰⁵ el envío al Parlamento de un proyecto de ley que ampliaría las cesiones obligatorias de suelo que deben hacer los urbanizadores a los municipios en un 5% del terreno para destinarlo a viviendas sociales. El propósito era generar una oferta de suelo para estas últimas localizado en los mismos lugares donde se estaba produciendo el desarrollo urbano; en palabras de la entonces Ministra de Vivienda, “...considerar la integración social como un estándar urbano mínimo al que debe contribuir todo nuevo conjunto habitacional”⁸⁰⁶. Dicha propuesta, sin embargo, recibió un fuerte rechazo del sector inmobiliario⁸⁰⁷ y la prensa⁸⁰⁸, afirmándose que “El intento de corregir la segregación urbana que afecta al país por la vía de disposiciones que crean una convivencia social forzada es algo que está inevitablemente condenado al fracaso”⁸⁰⁹. La propuesta nunca ingresó a trámite legislativo.

El fracaso de este anteproyecto de ley, resistido con tanta intensidad y eficacia que ni siquiera llegó a ser enviado al Parlamento, demuestra la poca simpatía que genera la idea de intervenir estructuralmente la dinámica del mercado del suelo. No está de más recordar que, como ya vimos, en 2003 el problema de la escasez de suelo se enfrentó con el fácil y poco sostenible expediente de admitir la construcción de viviendas fuera de los límites urbanos, vale decir, de seguir

⁸⁰⁵ Véase, por ejemplo, el Diario Financiero del 21.03.2007 en <http://www.portalinmobiliario.com/diario/noticia.asp?NoticiaID=6265>

⁸⁰⁶ POBLETE B., Patricia. “Integración Social: un desafío país”, El Mercurio, 13.11.2006, p. A2:

⁸⁰⁷ Puede verse, p. ej.: «Iniciativa del Gobierno busca evitar que estas casas se hagan sólo en la periferia: Inmobiliarios rechazan “impuesto” que les obliga a dar 5% del suelo a vivienda social», Diario Financiero de 03.11.2006; o “Ven vicios de constitucionalidad en iniciativa del Ministerio de Vivienda. Total rechazo de inmobiliarias a proyecto que obliga a donar terrenos a viviendas sociales”, El Mercurio de 03.11.2006.

⁸⁰⁸ Véase, por ejemplo, la editorial de El Mercurio de 17.11.2006, “Experimentando con integración social”, que concluye: “Entre los instrumentos de que dispone la autoridad para incentivar la integración hay algunos mucho más eficientes que la reserva de un área específica para estos fines. Desde luego, hay una amplia gama de incentivos tributarios, pero otros países usan también la asignación de derechos inmobiliarios, por ejemplo, a construir en altura en zonas atractivas para estos efectos, y que el Estado se reserva para diseñar su política urbana”. También en línea crítica, esta vez planteando la inconstitucionalidad de esta medida por afectar al derecho de propiedad, la editorial del mismo diario de 09.11.2006, “¿Subsidio de particulares al Estado?”, y la editorial del Diario Financiero de 08.11.2006, “La nueva política de vivienda”.

⁸⁰⁹ MORANDÉ L., Felipe, “Integración social urbana: ojo con el voluntarismo”, El Mercurio de 24.10.2006. Conviene mencionar que este economista —actualmente Ministro de Transportes y Telecomunicaciones— había sido hasta poco antes de escribir esta columna (entre abril de 2002 y julio de 2006) Gerente de Estudios de la Cámara Chilena de la Construcción, entidad que agrupa al gremio de los empresarios de la construcción.

expulsando de la ciudad a quienes optaban a los programas públicos de vivienda⁸¹⁰.

2.2.3. Otros modelos

a) La exigencia de cuotas mínimas de vivienda social o protegida como obligación de resultado: la LSRU francesa

El art. 55 de la Ley N° 2000-1208, sobre Solidaridad y Renovación Urbana⁸¹¹ ha tomado una opción bastante radical. Exige que toda colectividad de más de 35.000 habitantes situada en una aglomeración de más de 50.000 habitantes llegue a tener, en un plazo de 20 años, un 20% de viviendas sociales o públicas en su parque inmobiliario, de manera que toda comuna tenga al menos esta mínima heterogeneidad social. Desde 2002 se aplica a los Municipios una deducción de 1.000 francos por cada vivienda social faltante, pudiendo deducir de esta cifra la cantidad invertida en la ejecución de viviendas sociales durante el año anterior. Se prevé también la acción sustitutoria del Estado cuando el Municipio no actúe.

b) Fórmulas latinoamericanas: Las operaciones interligadas en Brasil y las reservas para vivienda social en Colombia

En Brasil se ha desarrollado el concepto de suelo creado (*solo criado*) para aludir a los incrementos de constructibilidad del suelo que permiten las normas urbanísticas por sobre un determinado coeficiente estándar que se reconoce a todos los terrenos urbanos, admitiendo que su utilización se condicione a ciertas prestaciones. Se trata de un concepto cuya validez y conveniencia fue reconocida por la denominada “Carta de Embú” (redactada en 1976 por un grupo de juristas, urbanistas y arquitectos), pero cuya aplicación de modo general —a través de un nuevo Plan Director con un coeficiente de constructibilidad común para todos los predios— fue imposible, ya que implicaba quebrantar las expectativas de muchos propietarios urbanos que verían reducido el aprovechamiento que entonces tenían reconocido y que no habían materializado. Sin embargo, se crearon dos mecanismos que se basaban en este concepto (si bien con un alcance más limitado): las Operaciones Interligadas (OI) y las Operaciones Urbanas (OU). Las primeras, implementadas entre 1986 y 1998, permitían que el propietario de un terreno

⁸¹⁰ Ley N° 19.859 (D.O. 31.01.2003). *Supra* apartado 2.1.2. b), en este mismo Capítulo.

⁸¹¹ Loi relative à la Solidarité et au Renouvellement Urbains, de 13.12.2000 (J.O. N° 289, 14.12.2000). A este respecto puede verse JACQUOT, Henri y PRIET, Francois. *Droit de l'urbanisme*, 5ª ed. Paris: Dalloz, 2004, 46 y ss.

ocupado con *favelas* pidiera a la autoridad la modificación de su zonificación e indicadores urbanísticas comprometiéndose, a su vez, a donar viviendas sociales para erradicar a los ocupantes del predio, por un valor no inferior al 50% de los beneficios obtenidos. El sistema ha tenido diversas etapas y reformas para mejorar su operatoria, destacando la posibilidad de entregar recursos financieros equivalentes al valor de las casas -y no éstas construidas como se pedía- y el afinamiento de los criterios para valorar los incrementos de valor producidos por la operación. Su resultado fue la construcción de 11.102 viviendas sociales, casi un 20% de las edificadas en el periodo. Las Operaciones Urbanas, en tanto, consisten en definir perímetros donde se elevan las posibilidades de construir y se mejora la infraestructura a cambio de aportes económicos de los interesados, habiéndose aprobado tres de ellas (Anhangabaú-Centro, Branca y Faria Lima) que, al año 1999, significaron 45 millones de dólares en ingresos. Según SANDRONI (2001) es necesario que el poder público siga de cerca el desarrollo de las OU para maximizar los beneficios, evitar que los costos de las obras estatales superen los aportes de los beneficiados (como pasó en Faria Lima) y transparentar y hacer participativa su aprobación y gestión. Este sistema, en todo caso, no implica una ciudad menos segregada: sólo una nueva forma de financiar viviendas sociales.

El art. 8 N° 7 de la Ley 388, de 1997, de Colombia⁸¹², califica el ordenamiento del territorio municipal o distrital como una “función pública”, que se ejerce mediante la intervención en los usos del suelo y diversas “acciones urbanísticas”, siendo una de ellas “Calificar y localizar terrenos para la construcción de viviendas de interés social”.

2.3. El control de la cohesión socioespacial

Los instrumentos que hemos descrito requieren de mecanismos que garanticen su eficacia. El más importante es el control de la discrecionalidad del planificador. FERNÁNDEZ R., refiriéndose a la situación en España, expresa que tradicionalmente la planificación ha sido objeto de un control mínimo por parte de la judicatura:

“...y ello no sólo en razón de la complejidad técnica inherente a la elaboración de todo plan, sino también, y sobre todo, por la naturaleza fundamentalmente innovativa y configuradora de la potestad de planeamiento, que se despliega con notoria libertad a partir de directrices legales forzosamente muy genéricas cuya concreción en cada punto del territorio planeado exige calibrar multitud de intereses, públicos y privados, de muy diversa condición y efectuar, en consecuencia, complejas valoraciones que van más allá de lo que es un juicio de

⁸¹² Diario Oficial N° 43.091, de 24.07.1997. Véase a este respecto MALDONADO C., 2006:46-8.

carácter técnico porque presuponen unas veces o llevan consigo otras opciones de naturaleza primariamente política...” (FERNÁNDEZ R., 1999:46).

Sin embargo, esa visión tradicional ha evolucionado. Como es bien sabido en 1962 GARCÍA DE ENTERRÍA⁸¹³ afirmó que las potestades discrecionales podían y debían ser controladas judicialmente revisando los elementos reglados que siempre existen en ella: su propia existencia, su extensión, la competencia para ejercitarlas y su finalidad (con la que surge la desviación de poder). Señalaba, además, que este control podía profundizarse a través de tres técnicas: verificando los hechos determinantes —la existencia de aquellos supuestos fácticos en que se apoya la potestad— (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1995:31); distinguiendo discrecionalidad de conceptos jurídicos indeterminados (pues en éstos hay una “unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta” (*Ibíd.*:35), perfectamente controlable) y acudiendo a los principios generales del derecho (p. ej., la iniquidad manifiesta, la irracionalidad, la buena fe, la proporcionalidad o la naturaleza de las cosas, *Ibíd.*:46-47). Estas reflexiones tuvieron una honda resonancia y actualmente la doctrina y jurisprudencia hispanas sostienen sin remilgos que el ejercicio de las potestades públicas discrecionales, igual que las regladas, siempre están sujeto a revisión judicial (arts. 24.1, 103.1 y 106.1 de la Constitución Española)⁸¹⁴.

En materia urbanística, durante los últimos años se han pronunciado numerosas sentencias en este sentido. En muchas de ellas se anulan determinaciones de los planes debido a su falta de fundamentación (la motivación juega acá un rol determinante) o a la incoherencia entre la realidad y los motivos expuestos (muchas veces acudiendo a peritajes)⁸¹⁵. Similares razonamientos ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha limitado los poderes discrecionales de la Administración en materia urbanística con “el deber de

⁸¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1995. Originalmente publicada en la *Revista de Administración Pública* Nº 38, de agosto de 1962.

⁸¹⁴ Como es bien sabido, en el derecho español se produjo en los 90 una importante polémica sobre algunos de los aspectos del control judicial de la discrecionalidad, animada especialmente por los profesores Tomás R. FERNÁNDEZ R., Luciano PAREJO A. y Miguel SÁNCHEZ M. Una buena síntesis en DESDENTADO C., 1997, 195-208.

⁸¹⁵ Pueden verse, por ej., las sentencias del Tribunal Supremo del 01.12.89 (Plan General de Rubí), 22.09.86 (Plan General de Ordenación Urbana de Villafranca del Penedés), 04.04.88 (Plan General de Palafrugell), 15.03.93 (Plan General de Ordenación Urbana de Granollers), 21.09.93 (Plan General de Ordenación Urbana de Madrid), etc. Al respecto FERNÁNDEZ R., 1999: 46-61 y 174-187.; PAREJO A., 1993b:32-34; DELGADO B., 1993:103-115. Una revisión exhaustiva en DESDENTADO C., 1997:343 y ss.

motivación, la prohibición de la arbitrariedad y el respeto de igualdad” (BANDRES S., 1996:70)⁸¹⁶.

Con todo, no debe olvidarse que, como ya decía GARCÍA DE ENTERRÍA en 1962, siempre subsiste un núcleo de decisión extrajurídico e infiscalizable:

“Es en esa libertad última de decisión, en vista de lo singular y de lo concreto, en donde radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el juez está exento y que nunca puede pretender sustituir” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1995:48-49).

Y es que la discrecionalidad “...consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad. De esta suerte, dentro de tal ámbito o espacio pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el derecho aplicable” (PAREJO A., 1993b:121), lo que por lo demás es propio de un sistema democrático. Lo que hace el Derecho es acotar “...el ámbito de las alternativas decisionales válidas, es decir, en principio y primariamente delimita negativamente la decisión que aquella debe tomar” (*Ibid.*, nota al pie 20 en p. 60). Al controlar los jueces a la Administración “...no suplantando... la función propia de los órganos políticos y administrativos, sino que atienden a que la actuación de éstos se mueva en el espacio preciso en que la Constitución les ha situado: dentro del espacio delimitado por la Ley y el Derecho” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1998, p. 152).

En consecuencia, establecidos los parámetros sustantivos del urbanismo inclusivo podemos contar con una adecuada garantía judicial.

Cabe señalar que esta vía se ve reforzada con la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente⁸¹⁷. En efecto, los instrumentos de evaluación ambiental estratégica exigen valorar las distintas alternativas existentes de cara al medio ambiente, obligando a la Administración “...a valorar e integrar la variable ambiental en el procedimiento de toma de decisiones urbanísticas y a justificar el modelo elegido, también aunque no únicamente, desde esta perspectiva... La evaluación ambiental estratégica ofrece, así, nuevas posibilidades de reducción y control de la discrecionalidad urbanística” (DESDENTADO C., 2008:211). Lo mismo ocurre si sumamos las nuevas perspectivas que están abriendo las ya comentadas nuevas leyes de vivienda

⁸¹⁶ Así, en la sentencia del 24.11.92, el TEDH «“...juzga natural que en un campo tan complejo y difícil como la ordenación de las grandes ciudades, los Estados los Estados cuenten con un amplio margen de apreciación para llevar a cabo su política urbanística. Sin embargo el Tribunal no puede renunciar a su poder de control. Le corresponde verificar si el equilibrio se ha preservado de una manera compatible con el derecho de los demandantes al respeto de sus bienes (...”, STEDH de 24.09.1982 (Caso Sporrong y Lönnroth contra Suecia, FJ 69» (BANDRES S., 1996:86).

⁸¹⁷ BOE núm. 102, de 29.04.2006.

autonómicas. Por último, pueden evaluarse técnicas al modo de las “multas” de la LRSU francesa.

CAPÍTULO 4. CONCLUSIONES:

HACIA UN ENFOQUE DE DERECHOS QUE GARANTICE LOS DERECHOS A LA VIVIENDA Y A LA CIUDAD

1. La segregación socioespacial en las ciudades constituye un hecho constatable a nivel mundial y se ve potenciada por las actuales tecnologías de transporte y construcción. La tendencia natural es que siga agudizándose. Este riesgo es más elevado en América que en Europa y, muy especialmente, en los países con menores grados de desarrollo. Con todo, la ciudad europea no es inmune a este fenómeno, particularmente de cara a los importantes flujos migratorios que ha recibido desde fines del siglo XX (especialmente desde África e Iberoamérica).
2. Sólo en el último siglo la regulación jurídica del desarrollo urbano ha llegado a cimentar una disciplina autónoma, conocida en español como Derecho urbanístico (equivalente a *Direito Urbanistico*, *Diritto urbanistico*, *Planning Law*, *Land Use Law* o *Droit de l'urbanisme*, entre otros). Se trata de una rama del Derecho administrativo que basa su autonomía dogmática en un conjunto de instituciones peculiares que han debido crearse para atender a su especial objeto, como los planes urbanísticos, el régimen de licencias, los distintos estatutos del suelo o los sistemas para ejecutar el planeamiento.
3. En su configuración inicial el Derecho urbanístico tuvo como centro de gravedad al Derecho de propiedad y, en menor medida, a la libertad de empresa, inicialmente reunidos (asumiendo la libertad de empresa como parte del *ius fruendi* dominical) y luego separados, particularmente en la visión española que hemos denominado como “liberalización de la actividad urbanística”, iniciada por la LRAUValencia.
4. El Derecho urbanístico español ha enriquecido esa visión en las últimas décadas, añadiendo otros derechos, bienes y valores jurídicos que cristalizan en el “estatuto del ciudadano” de la LS 2007, que no supone la condición de propietario o empresario y está marcado por el aporte de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Dicho estatuto incorpora, especialmente, al derecho a la vivienda (con su proyección en el denominado “derecho a la ciudad”) y el derecho a un medio ambiente adecuado (con su proyección en el desarrollo urbano sostenible) dentro del sustrato de derechos

fundamentales que inspiran la regulación jurídica del urbanismo en sus concretas configuraciones.

5. El Derecho urbanístico chileno, en cambio, sigue lastrado por un enfoque dominical. Últimamente empiezan a abrirse paso visiones renovadas que dan paso a un enfoque que incorpora derechos como los recién citados, pero todavía de sólo marginalmente.
6. Identificamos una serie de factores que favorecen la segregación socioespacial, y que básicamente se resumen en: a) Las preferencias de las propias personas, sea que se exprese en un planeamiento urbanístico que tiende a excluir (NIMBYs, LULUs y “exclusionary housing”), en urbanizaciones privadas (“Condominios”, “Gated Communities”, “Countries”, etc.) que se separan de la ciudad o en el cierre de calles públicas; b) Algunas políticas públicas inconfesadamente segregadoras, como las políticas de vivienda que privilegian la cantidad de viviendas construidas por sobre su adecuada inserción en la trama urbana (admitiendo una suerte de “urbanismo de segunda categoría” para rebajar costes) o las políticas económicas que utilizan instrumentalmente la industria de la construcción, subordinando el urbanismo a sus propósitos. En este último punto son especialmente peligrosas las políticas de liberalización espacial, lo que abona la experiencia chilena de 1979 y la española de 1996 en España. Por último, también deben observarse con cuidado otras políticas públicas como la educativa, que pueden tener hondos efectos sobre la cohesión social.
7. La incorporación de los DESC al marco del Derecho urbanístico hace que éste no pueda permanecer impasible frente a los fenómenos de segregación socioespacial, que atentan de manera evidente contra las posibilidades de desarrollo de las personas. Declarar derechos exige hacerse cargo de ellos. Según la CE los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo —y de los grupos en que se integra— sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2). Según la CPR el Estado debe promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (art. 1º, inc. 4º).
8. Un primer instrumento para combatir la segregación es la intervención en el mercado del suelo, básicamente a través de la constitución de bancos o

patrimonios públicos de suelo. La experiencia española muestra una experiencia poco satisfactoria, pues el uso de estos patrimonios no ha logrado responder a las expectativas creadas. Sin embargo, la nueva regulación parece apuntar en la dirección adecuada al ampliar y flexibilizar el destino de los terrenos adscritos a este patrimonio. La mantención de los derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto) para incrementar su volumen y la admisión de reservas de suelo con el mismo fin contribuirán a ello, supuesto el cumplimiento de las normas que persiguen evitar que la propia Administración especule con estos bienes. Otro factor que puede ser relevante es el uso del derecho de superficie, si bien los antecedentes pasados de esta figura hacen probable que mantenga su poco uso. La experiencia chilena, en cambio, es mucho menos intensa. De una política agresiva en esta materia en la década de los 60 el Estado ha optado por una política subsidiaria. Con todo, la Administración mantiene potestades para adquirir y gestionar suelo con bastante discrecionalidad e, incluso, para recalificar administrativamente el suelo lo que genera tentaciones especulativas a las que no pocas veces se cede.

9. Un segundo medio para prevenir y/o combatir la segregación es emplear la propia regulación urbanística. El sistema español nos muestra el camino de las directrices legales o reglamentarias para un planeamiento inclusivo y, también, el de exigir cuotas de viviendas sometida a protección o limitación de precio como un estándar urbanístico sobrepuesto a la voluntad del planificador. Este último camino, inicialmente rechazado por la jurisprudencia, ha terminado por imponerse legislativamente, tanto a nivel autonómico como estatal, fijando la LS 2007 un mínimo común a todo el territorio español. Esto supone, además, utilizar el sistema equidistributivo para evitar que el costo de estas determinaciones —que van en beneficio del interés general— recaiga sólo sobre algunos. La materialización de estas cuotas se realizará, en parte, con las cesiones de suelo edificable exigidas por el art. 16.1.b) TRLS 2008, que en virtud del art. 39.2 ven garantizada su destinación. El caso chileno, en tanto, no registra herramientas del calado de las descritas. Sólo pueden mencionarse las Zonas y Proyectos de Desarrollo Urbano Condicionado del Plan Regulador Metropolitano de Santiago, figuras que “condicionan” la aprobación de grandes desarrollos o reclasificaciones (de 300 ha) a la inclusión de cuotas de vivienda social. Existen también estándares en algunos programas habitacionales (para garantizar que las viviendas sociales construidas mejoren su urbanización) y el programa público de vivienda destinado a los sectores con menores recursos contempla un “subsidio a la localización” —que financia parte del precio de adquisición de los terrenos para evitar la expulsión “extra muros” de estos

proyectos—. Cabe señalar que durante el gobierno pasado el Ministerio de Vivienda y Urbanismo elaboró una propuesta de modificación legal para exigirle a los urbanizadores cesiones para vivienda social, la que resultó fuertemente resistida por el empresariado de la construcción y, a la postre, abandonada. Conviene destacar, por último, la exigencia de cuotas mínimas de vivienda social o protegida como obligación de resultado de la LSRU francesa. A los instrumentos descritos deben sumarse garantías que pueden asegurar que los nuevos desarrollos inmobiliarios respeten el principio de cohesión social. Por una parte están las clásicas técnicas de control de la discrecionalidad, que se fortalecen con las posibilidades que abre la evaluación ambiental estratégica a partir de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y sus desarrollos autonómicos, al igual que las nueva generación de leyes de vivienda que en algunos casos está dotando de exigibilidad, al menos en ciertas facetas, al derecho a la vivienda.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor (2006) *“Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”*, en *Revista de la CEPAL* N° 88, p. 35-50.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2006) *El umbral de la ciudadanía. el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires: Del Puerto, 209 p.
- AGOSTINI, Claudio (2010) *“Pobreza, Desigualdad y Segregación en la Región Metropolitana”*. Santiago de Chile: Documento de Trabajo N°242, Departamento de Economía, Universidad Alberto Hurtado – ILADES/Georgetown, 41 p.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis (1993) *Los límites de los derechos fundamentales*. /en/ *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 14, p. 9-34.
- ___ (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 254 p.
- ALCARAZ V., Enrique, CAMPOS P., Miguel y MIGUÉLEZ, Cynthia (2006) *El inglés jurídico norteamericano*, 3ª ed. Barcelona: Ariel, 413 p.
- ALCINA, F (1997) *“El pasado prehispánico y el impacto colonizador”*, en *La ciudad hispanoamericana. El sueño de un orden* (ed. VV.AA), Madrid: Ministerio de Fomento, p. 207-221.
- ALDUNATE L., Eduardo (2008) *Derechos fundamentales*. Santiago de Chile: LegalPublishing, 2008, 439 p.
- ___ (2006) *“Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”*. /en/ *Revista Chilena de Derecho* V. 33 N° 2, p. 285-303.
- ___ (2005) *Problemas de la dogmática de la protección constitucional de la propiedad*. /en/ *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*, Facultad de Derecho PUC. Santiago de Chile: LexisNexis, p. 157-169.
- ALDUNATE L., Eduardo y FUENTES O., Jéssica (1997) *“El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto”*. /en/ *Revista de Derecho UCV* N° XVIII, p. 195-221.
- ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC H., Antonio (1993) *Tratado de los derechos reales*, T. I, 5ª ed. Santiago de Chile: Jurídica, 452 p; T. II, 423 p.
- ALEX, Robert (2007) *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. en castellano (trad. de Carlos Bernal P.): Centro de Estudios Constitucionales, 601 p.
- ALGIBEZ C., José (1978) *El acceso a la propiedad de la tierra a través de los arrendamientos rústicos en el Derecho Agrario Español*. /en/ *Revista de estudios agro-sociales* N° 105, p. 7-36.
- ALFONSO X (2004) *Las Siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes)*, Madrid: Reus, 1000 p.
- ALLÍ A., Juan-Cruz & ALLÍ T., Juan-Cruz (2008) *Estudio Sistemático del Texto Refundido de la Ley de Suelo*. Madrid, Dykinson, 721 p.
- ALONSO OLEA, Manuel (1994) *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Madrid: Civitas, 464 p.

- ANGUITA, Ricardo (1912) *Leyes promulgadas en Chile, desde 1810 hasta el 10 de junio de 1912*, Santiago de Chile: Imprenta Barcelona, p.
- AÑÓN R., M^a José & GARCÍA A., José (2004) *Lecciones de Derechos Sociales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 283 p.
- ARA P., Ignacio. (1990) *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 165 p.
- ARAGÓN R., Manuel (1996) *Constitución económica y libertad de empresa*. /en/ IGLESIAS P., Juan (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. I. Madrid: Civitas, p. 163-180
- ARIÑO O., Gaspar (1995) *Principios constitucionales de la libertad de empresa: libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Marcial Pons, 133 p.
- ARÓSTICA M., Iván (2001) *Derecho Administrativo Económico*. Santiago de Chile: Universidad Santo Tomás, 181 p.
- ARRIAGADA L., Camilo (2003b) *América Latina: información y herramientas sociodemográficas para analizar y atender el déficit habitacional* [LC/L.1983-P] CEPAL, Medio Ambiente y Desarrollo N° 45.
- (2003a) *La dinámica demográfica y el sector habitacional en América Latina* [LC/L.1843-P] CEPAL, Medio Ambiente y Desarrollo N° 33.
- ARROYO, Mercedes (2001) "La contraurbanización: un debate metodológico y conceptual sobre la dinámica de las áreas metropolitanas". en *Scripta Nova* <http://www.ub.es/geocrit/sn-97.htm> [consultado el 04.10.2007, a las 17:40 hrs.]
- ARTIGAS, Carmen (2005) *Una mirada a la protección social desde los derechos humanos y otros contextos internacionales* [LC/L.2354-P] CEPAL, Políticas Sociales, 41 p.
- ATRIA L., Fernando (2004a) *¿Existen derechos sociales?* en *Discusiones* (Publicaciones periódicas, DOXA) N° 4, p. 15-59.
- (2004b) *Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales*, en *Discusiones* (Publicaciones periódicas, DOXA) N° 4, p. 145-176.
- AYMONINO, Carlo (1971) *Orígenes y Desarrollo de la Ciudad Moderna*, Barcelona: Gustavo Gili, 329 p.
- AZUELA DE LA C., Antonio (1993) "La propiedad de la vivienda en los barrios populares y la construcción del orden urbano", en *La urbanización popular y el orden jurídico en América Latina* (A. AZUELA coord.), México, D.F.: UNAM, p. 3-17.
- BADELL, Rafael, et. al (1999) *Régimen Jurídico del Urbanismo (adaptado a la nueva Constitución)*, Caracas: Badell & Grau, 430 p.
- BAHAMONDE M., Ángel (1992) "Pascual Madoz y la modernización de la ciudad de Madrid: La Peninsular, empresa inmobiliaria", en *Las ciudades en la modernización de España. Los decenios interseculares* (ed. J. L. GARCÍA D.), Madrid: Siglo XXI, p. 380-1.
- BALAGUER C., Francisco, coord. (1999) *Manual de derecho constitucional*, Vol II. Madrid: Tecnos.
- BALDASARRE, Antonio (2001) *Los derechos sociales*, trad. S. Perea, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 213 p.
- BANCO DE ESPAÑA (2009) *Informe Anual 2008*. Madrid, 330 p., en <http://www.bde.es/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/08/inf2008.pdf> [consultado el 24.05.2010, a las 15:00 hrs.]

- BANCO MUNDIAL (2003) *Informe sobre el Desarrollo Mundial 2003. Desarrollo sostenible en un mundo dinámico. Transformación de instituciones, crecimiento y calidad de vida*, Bogotá: Banco Mundial-Mundiprensa, 254 p.
- BANDRES S., José M. *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid : Civitas - Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia, 1996.
- BANK OF AMERICA (1995) *Beyond Sprawl: New Patterns of Growth to Fit the New California*, en <http://www.etsav.upc.es/personals/monclus/cursos2002/sprawl.htm> [consultado el 21.05.2004, a las 15:00 hrs.]
- BAÑO L., José M. (2009) *Derecho urbanístico común*. Madrid: Iustel, 564 p.
- (2008) *El estatuto del propietario en la ley del suelo*. /en/ VV.AA. *El derecho urbanístico del siglo XXI: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, Vol. 1 (Urbanismo y vivienda), p. 85-112.
- (2001) "La actividad urbanística en la financiación de las Haciendas Locales". /en/ Revista Valenciana de Economía y Hacienda Nº 2, p. 33-52.
- (1989) *La nueva Ley del Suelo y la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997*, en DA Nº 252-253, p. 151-171.
- (1988) *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española*. /en/ Revista Española de Derecho Constitucional Nº 4, p. 155-179.
- BARNÉS V., Javier (1988) *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*. Madrid: Civitas, 625 p.
- BASSOLS C., Martín (2006) *Ante el cincuentenario de la ley del suelo y ordenación urbana de 1956: el proceso de su elaboración y aplicación*. /en/ RDUyMA Nº 225, p. 47-90.
- (2003) "La exclusión social y la contribución de los municipios a la satisfacción del derecho a la vivienda", en *Revista de Estudios de la Administración Local* Nº 291, p. 103-116.
- (2003b) "La Constitución como marco de la legislación económica", en *Economía Industrial* Nº 349-350, p. 17-28.
- (2002) *Iniciativa privada y gestión urbanística: Sistemas de actuación, agente urbanizador y convenios urbanísticos*. /en/ RUyE 5, p. 28 a 35.
- (1999) "La influencia de Ildefonso Cerdá en la fundamentación jurídica de la urbanización", en *CyT Vol. XXXI* Nº 119-120, p. 189-208.
- (1996) *Artículo 47. Derecho a la vivienda*. /en/ ALZAGA V., Óscar (dir.) *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T. IV. Madrid: Cortes Generales, p. 305-339.
- (1996b) "Los inicios del derecho urbanístico en el período del liberalismo moderado y en el sexenio revolucionario (1846-1876): el Ensanche de la ciudad como modelo urbanístico y sistema jurídico", en *CyT Vol. XXVII* Nº 107-108, p. 19-51.
- (1988) *Constitución y Sistema Económico*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 351 p.
- (1973) *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*, Madrid: Montecorvo, 638 p.
- BAYÓN, Juan C. (2004) *Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*. /en/ VV.AA. *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 67-138.

- BAUMAN, Zigmunt (2003) *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*. Buenos Aires: Siglo XXI, 185 p.
- BELTRÁN de F., Miguel, y GONZÁLEZ G., Julio (2006) *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, 2ª ed. Madrid: CEPC-BOE, 716 p.
- BENEVOLO, LEONARDO (1993) *La ciudad europea*, trad. M. Pons, Barcelona: Crítica, 251 p.
- ___ (1992) *Orígenes del urbanismo moderno*, trad. F. Mazia, Madrid: Celeste, 208 p.
- BENITO MARTÍN, Félix (2000) *La formación de la ciudad medieval*, Valladolid: Universidad de Valladolid y Caja del Duero, 293 p.
- BERLIN, Isaiah (2001) *Dos conceptos de Libertad*. /en/ VV.AA. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza Editorial, p. 43-114.
- BERMÚDEZ S., Jorge (2007) *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, PUCV, 285 p.
- BERNAL P., Carlos (2005) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 873 p.
- ___ (2004) *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria*, en *Discusiones* (Publicaciones periódicas, DOXA) N° 4, p. 99-144.
- BERRY, Brian J. L. (1975) *Consecuencias Humanas de la Urbanización*, trad. J. Gómez, Madrid: Pirámide, 287 p.
- BERTELSEN R., Raúl (1999). *El derecho de propiedad en la Constitución de 1925*, en BRAHM G., Enrique (1999) *Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973*, Santiago, Chile: Universidad de los Andes, p. 33-66.
- BETANCOR R., Andrés (2001) *Instituciones de Derecho Ambiental*, Madrid, La Ley, 1517 p.
- BETANCOR R., Andrés y GARCÍA-BELLIDO, Javier (2001) "Síntesis general de los estudios comparados de las legislaciones urbanísticas en algunos países occidentales", en *CyT* Vol. XXXIII N° 127, p. 87-144.
- BINDÉ, JÉROME (2002) "¿Hacia un apartheid urbano?", en *Claves del siglo XXI* N° , p. 401.
- BLAKELY, EDWARD y SNYDER, MARY (2002) "Comunidades fortificadas: amurallamiento y enrejamiento de los suburbios estadounidenses", en *EURE*, Vol. 28 N° 84, p. 145-147.
- BLANQUER U., Roberto (2007) "El derecho de superficie" /en/ *RUyE* N° 16, p. 169-182.
- BOQUERA O., José Mª (1992) *La limitación de la propiedad urbanística según la Constitución*. /en/ BOQUERA O., José Mª (coord.). *Derecho Urbanístico Local*. Madrid: Civitas, p. 45-62.
- BOBBIO, Norberto (1991) *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 256 p.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1993) *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, 138 p.
- BORZUTZKY A., Alejandro (1972) *El Derecho de Superficie*, Santiago, Chile: Andrés Bello, 230 p.
- BRAHM G., Enrique (1999) *Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973*, Santiago, Chile: Universidad de los Andes, 268 p.

- BREA, Jorge (2003) "Population Dynamics in Latin America", en *Population Bulletin*, Vol. 58 Nº 1, p. 6.
- BREWER-CARÍAS, Allan (1997) *La ciudad ordenada*, Madrid: Instituto Pascual Madoz-BOE, 203 p.
- (1991) *Ley orgánica para la ordenación del territorio. Estudios e índice alfabético*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 149 p.
- (1983) "La urbanización en Venezuela y la ausencia de un Derecho urbanístico", en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. V, Caracas: Universidad Central de Venezuela, p. 15-29.
- (1979) "El urbanismo en Venezuela y la cuestión jurídico institucional", en REDA Nº 22, p. 325-337.
- BREWER-CARIAS, Allan, et. al. (1989) *Ley orgánica de ordenación urbanística. Introducción general, comentarios y jurisprudencia*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 281 p.
- BUJ BUJ, Antonio (1994) *La cuestión urbana en los informes de la Comisión de Reformas Sociales*. /en/ CAPEL, Horacio, LÓPEZ P., José M^a y PARDO, José (coords.): *Ciencia e ideología en la Ciudad (II). I Coloquio Interdepartamental*. Valencia, 1991, Valencia, Generalitat Valenciana/Conselleria d'Obres Públiques, Urbanisme i Transports, p. 73-86, disponible en: <http://www.ub.es/geocrit/sv-32.htm> [consultado el 13.06.2007, a las 18:10 hrs.]
- BUSQUETS, Joan (1992) *Barcelona*, Madrid: Mapfre, 425 p.
- CABRALES B., Luis, coord. (2002) *Latinoamérica: países abiertos, ciudades cerradas*, Guadalajara (México): UNESCO / Universidad de Guadalajara, 621 p.
- CALDEIRA, Teresa (2000) *City of walls: Crime, segregation and citizenship in Sao Paulo*, Berkeley: University of California Press, 504 p.
- CALLIES, David, FRANZESE, Paula y KAI, Heidi (2002) "Urbanizaciones 'encerradas', pactos y problemas", en *CyT* Vol. XXXIV Nº 133-134, p. 475.
- CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN, CCHC (1994) *IVA a la Vivienda*, en *Fundamenta* Nº 23, junio 2005, 8 p.
- CÁMARA M., Alicia (1994) "La fortificación de la ciudad en los tratados del siglo XVI", en *Tiempo y Espacio en el Arte. Homenaje al profesor Antonio Bonet Correa*, vol. II, Madrid: Universidad Complutense, p. 685-696.
- (1991) "Fortificación, ciudad y defensa de los reinos peninsulares en la España Imperial. Siglos XVI y XVII", en *La ciudad y las murallas* (eds. C. DE SETA & J. LE GOFF), Madrid: Cátedra, p. 89-112.
- CANOSA Z., Elia (2002) "Las urbanizaciones cerradas de lujo en Madrid: una nueva fórmula de propiedad y de organización territorial", en *CyT* Nº 133-134, p. 545-563.
- CANOSA Z., Elia y CABRALES B., Luis (2001) "América Latina, ciudades cerradas", en *Leviatán* Nº 83, p. 95-109.
- CAPEL, Horacio (2003) "Redes, chabolas y rascacielos. Las transformaciones físicas y la planificación en las áreas metropolitanas", en *Ciudades, Arquitectura y Espacio Urbano* (ed. H. CAPEL), Almería: Caja Rural de Almería, p. 199-238.
- (2002) *La morfología de las ciudades, vol I (Sociedad, cultura y paisaje urbano)*, Barcelona: Ediciones del Serbal, 544 p.

- ___ (1994) "Prólogo", en *Ciencia y técnica en la metropolización de América* (ed. J. SALA CATALÀ), Madrid: CSIC/Doce Calles, p. 7-21.
- ___ (1975) "La definición de lo urbano", en *Estudios Geográficos* N° 138-139, p. 265-301.
- CARCELLER F., Antonio (1992) *Instituciones de Derecho Urbanístico*, 5ª ed. Madrid: Montecorvo, 616 p.
- ___ (1970) "Actuaciones urbanísticas urgentes en el Decreto-Ley de 27 de junio de 1970". /en/ RAP N° 63, p. 353-370.
- CARLÉ, María, et. al. (2001) *La sociedad hispanomedieval I. La Ciudad*, Barcelona: Gedisa, 170 p.
- CARTER, Harold (1987) *El estudio de la geografía urbana*, Madrid: IEAL, 578 p.
- CASTELLS, Manuel (2001) *La era de la información, Vol. 3. Fin de milenio*, 3ª ed., trad. C. Martínez & J. Albores, Madrid: Alianza, 486 p.
- ___ (2000) *La era de la información, Vol. 1. Economía, sociedad y cultura. La sociedad red*, 2ª ed., trad. C. Martínez & J. Albores, Madrid: Alianza, 645 p.
- CAZORLA P., Luis (2001) *Artículo 38* /en/ GARRIDO F., Fernando, et. al. *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed. Madrid: Civitas, p. 830-846.
- CEA E., José L. (1981) "La Esencia de los Derechos y su Libre Ejercicio", en *Revista de Derecho Público* N°29-30, p. 105-119.
- CENC, COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1981[1978]) *Proposiciones e ideas precisas*, 16.08.1978. /en/ *Revista Chilena de Derecho* Vol. 8, p. 144-318.
- ___ (1973-1978) *Actas Oficiales*. Santiago de Chile: Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile.
- CEPAL, COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (2000) *De la urbanización acelerada a la consolidación de los asentamientos humanos en América Latina y el Caribe: el espacio regional* [LC/G.2116(CONF.88/3)].
- ___ (1995) *Alojar para el desarrollo: una tarea para los asentamientos humanos* Reunión Regional de América Latina y el Caribe preparatoria de Hábitat II [LC/L.906 (CONF.85/3)/rev.1].
- CERDÁ, Ildefonso (1991b) *Teoría de la construcción de las ciudades. Cerdá y Barcelona*, vol. 1, Madrid/Barcelona: Ministerio para las Administraciones Públicas / Ajuntament de Barcelona, 692 p.
- ___ (1991a) *Teoría de la viabilidad urbana: Cerdá y Madrid (reproducción de un manuscrito, 1861)*, Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas / Ayuntamiento de Madrid, 362 p.
- ___ (1968b) *Teoría general de la Urbanización, Vol. II. La urbanización como hecho concreto: estadística urbana de Barcelona*, Barcelona: Instituto de Estudios Fiscales, 700 p.
- ___ (1968a) *Teoría general de la urbanización, y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona (reproducción facsímil de la edición de Madrid: Imprenta Española, 1867)* Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 831 p.
- ___ (1861) "Cuatro palabras sobre el ensanche dirigidas al público de Barcelona", Barcelona (reproducido en CERDÁ, 1991b:577-589)
- CESCR, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ONU (1997). *Observación General N° 7. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos* [documento E/1999/22, anexo IV].

- (1991). *Observación General N° 4. El derecho a una vivienda adecuada* (pár. 1 del art. 11 del Pacto) [documento E/1991/23].
- (1990) *Observación General N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párr. 1 del art. 2 del Pacto) [documento E/1991/23].
- CIANCIARDO, Juan (2001) *Los límites de los derechos fundamentales*. /en/ Díkaion N° 10, p. 53-73.
- CIDONCHA M., Antonio (2006) *La libertad de empresa*. Madrid: Thomson-Civitas, 412 p.
- CIDH, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008) *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales* [OEA/Ser.L/V/II.1,32, Doc. 14, 19 julio 2008], 58 p.
- CLARO S., Luis (1930) *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, T. VI, De los Bienes 1. Santiago de Chile: Imprenta Cervantes, 675 p.
- COBO G., Pedro (1993) *Ley General de Urbanismo y Construcciones*, Santiago de Chile: ConoSur, 693 p.
- COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL DESARROLLO (1992) *Nuestro Futuro Común*, 2ª reimp, Madrid, Alianza, 460 p.
- CPLRE , CONFERENCIA PERMANENTE DE LOS PODERES LOCALES Y REGIONALES DE EUROPA (1992). *Carta Urbana Europea, adoptada el 18 de Marzo de 1992*.
- CORDERO Q., Eduardo (2007) *Las garantías institucionales en el Derecho alemán y su proyección en el derecho de propiedad*. /en/ Revista de Derecho UCN N° 2/2007, p. 81-99.
- (2006) *La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho chileno*. /en/ Revista de Derecho (Valdivia), Vol.19 N° 1, p. 125-148.
- (2002) *Urbanismo, propiedad y bienes públicos en el derecho español y chileno*, Getafe: Tesis doctoral Universidad Carlos III de Madrid, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, 776 p.
- CRESPO H., Begoña (1990) *"La vinculación de suelo al uso de Viviendas de Protección Oficial"*, en Revista Vasca de Administración Pública N° 25, p. 181-202
- CHAMPION, A. G, ed. (1989) *Counterurbanization. The changing pace and nature of population deconcentration*, Londres: Edward Arnold, 266 p.
- CHILE (1891) *Boletín de las Leyes i Decretos del Gobierno*, Santiago de Chile: Imprenta Nacional, p.
- CHOAY, Françoise (1983) *El urbanismo. Utopías y realidades*, 3ª ed., Barcelona: Lumen, 539 p.
- (1980) *La règle et le modèle. Sur la théorie de l'architecture et de l'urbanisme*, Paris: Du Seuil, 374 p.
- CHUECA G., Fernando (2000) *Breve historia del urbanismo*, Madrid: Alianza, 253 p.
- DAVIS, Mike (2003) *Ciudad de cuarzo. Arqueología del futuro en Los Ángeles* trad. R. Reig, Madrid: Lengua de Trapo, 387 p.
- DE ASÍS R., Agustín (2007) *"Función Social de la propiedad y gestión del suelo"*, en CyT XXIX (152-153), p. 361-381.
- (1997) *El artículo 149.1.1ª de la Constitución como fundamento de la intervención del Estado en materia urbanística*. /en/ PAREJO A., Luciano (coord.) *El urbanismo hoy*.

- Reflexiones a propósito de la STC 61/1997 y el proyecto de nueva Ley estatal.* Madrid: Instituto Pascual Madoz U. Carlos III, p. 19-54.
- DE FERRANTI, David, et. al (2003) *Desigualdad en América Latina y el Caribe: ¿Ruptura con la historia?. Región de América Latina y el Caribe.* Banco Mundial, Edición de conferencia, 40 p., en <http://lnweb18.worldbank.org/LAC/LAC.nsf/ECADocByUnid2ndLanguage/4112F1114F594B4B85256DB3005DB262?Opendocument> [consultado el 15.11.2003, a las 22:44 hrs.]
- DE LA IGLESIA M., M^a Isabel (2009) *"El nuevo Derecho de superficie"*. /en/ Revista Crítica de Derecho Inmobiliario N^o 712, p. 669-694
- DE LOS MOZOS M., José L. (2005) *Propiedad y urbanismo.* /en/ PÉREZ H., José (coord.). *Hacia un nuevo urbanismo: curso sobre ordenación del espacio y régimen del suelo*, T. I. Madrid: Fundación de Estudios Inmobiliarios, p. 231-282.
- (1974) *Tratado de Derecho Urbanístico. El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística.* Madrid: Ministerio de la Vivienda, Secretaría General Técnica, Servicio Central de Publicaciones, 368 p.
- (1964) *"El urbanismo desde la perspectiva del Derecho privado"*. /en/ Revista de Derecho Privado, T. XLV, p. 285-301.
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio (1999) *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 7^a reimp. de la 2^a ed. de 1988. Barcelona: Ariel, 315 p.
- (1988) *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución.* /en/ MARTÍN-RETORTILLO B., Lorenzo, y OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y Constitución.* Madrid: Civitas, p. 94-172.
- DE SALAS MURILLO, Sofía (2008) *El derecho de superficie en la ley del suelo de 2007: una aproximación inicial.* /en/ GÓMEZ G., Francisco (coord.) *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, V. 2, 2008, p. 1465-1518
- DE SETA, Cesare (1991) *"Las murallas, símbolo de la ciudad"*, en *La ciudad y las murallas* (eds. C. DE SETA & J. LE GOFF), Madrid: Cátedra, p. 21-66.
- DE TERÁN, Fernando (1999) *"El urbanismo europeo en América y el uso de la cuadrícula. Cerdá y la ciudad cuadrícula"*, en *CyT XXXI* N^o 119-120, p. 21-40.
- DE TERÁN, Fernando (1997) *"Introducción"*, en *VV.AA. La ciudad hispanoamericana. El sueño de un orden*, Madrid: Ministerio de Fomento, p. 13-21.
- DE TERÁN, Fernando (1982) *Planeamiento urbano en la España contemporánea (1900-1980)*, 2^a ed., Madrid: Alianza, 631 p.
- DE VRIES, Jan (1987) *La urbanización de Europa 1500-1800*, trad. R. Grau, Madrid: Crítica, 399 p.
- DE LAVEAU S., Rodrigo (2006) *La regulación expropiatoria en la experiencia norteamericana.* /en/ Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N^o 3, p. 411-438.
- DELGADO B., Javier (1993) *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico.* Madrid: Civitas, 122 p.
- DELGADO P., Francisco (1993) *Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente.* /en/ Revista Española de Derecho Constitucional N^o 38, 1993, p. 49-80

- DELPINO, Ramón (2006) *El crédito del IVA en la construcción en el sistema tributario relacionado al sector inmobiliario*. /en/ Informe Técnico Urbano Nº 14, Fundación Jaime Guzmán E., p. 7-13.
- DEMATTEIS, Giuseppe (1998) "Suburbanización y periurbanización. Ciudades anglosajonas y ciudades latinas", en *La ciudad dispersa. Suburbanización y nuevas periferias* (ed. F. J. MONCLÚS), Barcelona: Centre de Cultura Contemporània de Barcelona, p. 20.
- DENEVAN, William M., ed. (1992) *The Native Population of the Americas in 1492*, 2ª ed., Madison, Wisconsin: University of Wisconsin Press, 353 p.
- DESDENTADO D., Eva (2008) *Últimas tendencias en la reducción y control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*. /en/ VV.AA. *El derecho urbanístico del siglo XXI: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, V. 1 (Urbanismo y vivienda), p. 202-234.
- (1999) *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, 2ª ed. Pamplona: Aranzadi, 533 p.
- DÍAZ G., Benigno (2006) *Instrumentos de intervención en el mercado del suelo*. Madrid: Montecorvo, 213 p.
- DÍAZ L., José (2008) *Nuevo Derecho del Suelo. Comentarios a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*. Madrid: Marcial Pons, 385 p.
- DÍEZ-PASTOR, Mª Concepción (2003) *La vivienda mínima en España: primer paso del debate sobre la vivienda social*. en *Scripta Nova*, Vol. VII, [http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146\(023\).htm](http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146(023).htm) [consultado el 24.07.1999, a las 00:40 hrs.]
- DÍEZ-PICAZO G., Luis (2003) *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thompson-Civitas, 510 p.
- DÍEZ-PICAZO P., Luis (1991) *Algunas Reflexiones sobre el Derecho de Propiedad Privada en la Constitución*. /en/ VV.AA. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II. Madrid: Civitas, p. 1257-1270.
- (1971) *Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística*. /en/ RDU Nº23, p. 13-33.
- DÍEZ-PICAZO P., Luis y GULLÓN, Antonio (2002) *Sistema de Derecho Civil*, V. III, 7ª ed. Madrid: Tecnos, 528 p.
- (1995) *Instituciones de Derecho Civil*, V. II. Madrid: Tecnos, 814 p.
- DOMÍNGUEZ P., Jesús (2003) *La constitución de derechos reales sobre la futura propiedad horizontal, y su contenido esencial como límite*. /en/ VV.AA. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez Picazo*, T. III. Navarra: Thomson-Civitas, p. 3721-3746.
- DUCCI, María Elena (2002) "Área urbana de Santiago 1991-2000: expansión de la industria y la vivienda", en *EURE*, Vol. 28 Nº 85, p. 187-207.
- DUHL, Leonard (1983) "The human measure: man and family in megalopolis", en *El urbanismo. Utopías y realidades* (ed. F. CHOAY), Barcelona: Lumen, p. 466-471.
- EGÚSQUIZA B., Mª Ángeles (2008) "La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio". /en/ *Revista Jurídica de Navarra* Nº 45, p. 11-43

- ELORZA, Antonio (1975) *El Fourierismo en España*, Madrid: Ediciones de la Revista del Trabajo, 362 p.
- ENGELS, Federico (1845) *Die Lage der arbeitenden Klasse in England* (La situación de la clase obrera en Inglaterra), Leipzig, p.
- ENGELS, Federico (1964) *La subversión de la ciencia por el Sr. Eugenio Dühring* ("Anti-Dühring"), trad. Manuel Sacristán L., México D.F., 347 p.
- ENTRENA C., Rafael (1989) *El modelo económico de la Constitución española de 1978* /en/ ENTRENA C., Rafael, et al., *La empresa en la Constitución española*. Pamplona: Aranzadi, p. 11-36.
- ESTAPÉ, Fabián (2001) *Vida y obra de Ildefonso Cerdá*, Barcelona: Península, 340 p.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1967) *Estatuto constitucional del derecho de propiedad en Chile*, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1967, 439 p.
- FADDA, Giuletta, y DUCCI, María Elena (1993) *Políticas de desarrollo urbano y vivienda en Chile. Interrelaciones y efectos.* /en/ BRAVO, Luis y MARTÍNEZ, Carlos (eds.). *Chile: 50 años de Vivienda Social 1943-1993*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso, p. 75-111.
- FARA, Amelio (1991) "Sistemas defensivos y antiguas murallas en la ciudad italiana del siglo XIX", en *La ciudad y las murallas* (eds. C. DE SETA & J. LE GOFF), Madrid: Cátedra, p. 345-361.
- FERMANDOIS V., Arturo (2004) "Inaplicabilidad de la ley de monumentos nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile". /en/ FERMANDOIS V., Arturo (edit.) *Sentencias destacadas 2004*. Santiago: Libertad y Desarrollo, p. 19-53.
- (2001) *Derecho Constitucional Económico*, T. I. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 252 p.
- FERNÁNDEZ DE GATTA S., Dionisio (2008) *Incidencia del medio ambiente y el desarrollo sostenible en el urbanismo y la edificación: de la política de la Unión Europea al Código Técnico de la Edificación y la nueva Ley de Suelo.* /en/ OLMO A., Jesús del (coord.). *El Derecho urbanístico del siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Martín Bassols Coma, T. III, Urbanismo y Estado de las Autonomías*. Madrid: Reus, p. 75-130.
- FERNÁNDEZ F., Germán (2003) *Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la administración económica.* /en/ COSCULLUELA M., Luis (coord.) *Estudios de derecho público económico: Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid: Civitas, p. 165-184.
- FERNÁNDEZ G., Antonio, coord. (1997) *Historia de España de Menéndez Pidal, Ramón, T. 33. Los fundamentos de la España liberal (1834-1900): la sociedad, la economía y las formas de vida*, Madrid: Espasa Calpe, 872 p.
- FERNÁNDEZ O., Miguel A. (2003) *Los tres problemas del suelo.* /en/ PÉREZ H., José M^a. dir. *La Carestía del Suelo: Causas y Soluciones*. Madrid: La Ley, Fundación de Estudios Inmobiliarios, p. 477-484.
- FERNÁNDEZ R., José y HOLMES S., Felipe (2008) *Derecho Urbanístico Chileno*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 380 p.

- FERNÁNDEZ R., Tomás-Ramón (2008) *La nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo: valoración general.* /en/ VV.AA. *El nuevo régimen jurídico del suelo* Madrid: Iustel, p. 13-34.
- (2007) *Manual de Derecho Urbanístico*, 20ª ed. Madrid: La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, 291 p.
- (2005) *El concepto de urbanismo y la dispersión legislativa.* /en/ PÉREZ H., José (coord.). *Hacia un nuevo urbanismo: curso sobre ordenación del espacio y régimen del suelo*, T. I. Madrid: Fundación de Estudios Inmobiliarios, p. 283-310.
- (2000) *Manual de Derecho Urbanístico*, 15ª ed. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos, 287 p.
- (1999) *De la arbitrariedad de la Administración*, 3ª ed. Madrid: Civitas.
- (1997a) *El desconcertante presente y el imprevisible y preocupante futuro del Derecho urbanístico español.* /en/ REDA Nº 94, p. 189-201 (también en *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico*. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 161-175).
- (1997b) *Los derechos constitucionales.* /en/ CLAVERO A., Manuel (coord.) *El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*, p. 467-476.
- (1992) *Informe sobre la Ley 8/1990, de 25 de julio, y sobre el anteproyecto de Texto Refundido de la legislación del suelo.* /en/ RDU Nº 129, p. 13-30 (citado según la versión publicada en *Estudios de Derecho ambiental y Urbanístico*. Navarra: Aranzadi, 2001, 269 p.).
- FERNÁNDEZ T., Tomás-Ramón (2007) *El estatuto jurídico de la propiedad del suelo en la Ley 8/2007, de 28 mayo.* /en/ RUE Nº 16, p. 23-29.
- FERNÁNDEZ S., Ignacio (2005) *El derecho de propiedad en la historia constitucional española.* /en/ SUANZES-CARPEGNA, Joaquín (coord.). *Propiedad e historia del derecho*. Madrid: Colegio de Registradores de España, p. 73-120.
- FERRADA B., Juan (2000) "La Constitución Económica de 1980: algunas reflexiones críticas". /en/ *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol.11, p. 47-54.
- FERRAJOLI, Luigi (2006) "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", en DOXA Nº 29, p. 15-31.
- (2001) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 391 p.
- (1999) *Derechos y garantías: la ley del más débil*, trad. P. A. Ibáñez y A. Greppi, Madrid: Trotta, 180 p.
- FERRÁS S., Carlos (2000) *Ciudad dispersa, aldea virtual y revolución tecnológica. Reflexión acerca de sus relaciones y significado social.* en *Scripta Nova*, <http://www.ub.es/geocrit/sn-69-68.htm> [consultado el 23.07.2003, a las 00:40 hrs.]
- (1998) "El fenómeno de la contraurbanización en la literatura científica internacional", en *CyT XXX* Nº 117-118, p. 607-627.
- FIGUEROA V., Patricio y FIGUEROA V., Juan (2006) *Urbanismo y Construcción*. Santiago de Chile: LexisNexis, 327 p.
- FONSECA F., Fernando (1999) *La Liberalización del suelo en España. Presupuestos y marco jurídico constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 270 p.
- (1995) *El régimen jurídico de los patrimonios municipales del suelo*. Madrid: U. Carlos III - Boletín Oficial del Estado, 206 p.

- FUNDACIÓN SUPERACIÓN DE LA POBREZA, FSP (2010) *Umbrales Sociales para Chile. Hacia una Futura Política Social*. Santiago, Chile, 285 p.
- GAJA I. DÍAZ, Fernando (2002) "Formas de cerrar la ciudad: de los barrios a las manzanas", en *Latinoamérica: países abiertos, ciudades cerradas*. (ed. L. F. CABRALES B.), Guadalajara (México): UNESCO / Universidad de Guadalajara, p. 481-508.
- GALBRAITH, John Kenneth (1989) *Historia de la economía [Economics in perspective, traducción de Hernán Rodríguez-Campoamor]*, 2a. ed. Barcelona: Ariel, 1989, 324 p.
- GÁLVEZ M., F. Javier (2001) *Artículo 47* /en/ GARRIDO F., Fernando, *et. al. Comentarios a la Constitución*, 3ª ed. Madrid: Civitas, p. 926-931.
- GALLEGO A., Alfredo (2006) *Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales*. /en/ RDUyMA N° 225, p. 119-158
- (2002) "Ius aedificandi" y propiedad del suelo: Real Decreto-Ley 4/2000. STC 164/2001 y leyes regionales posteriores. /en/ RDUyMA N° 193, p. 11-40.
- (1994) *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 303 p.
- GARCÍA A., Gerardo (2010) *Las reservas de suelo para viviendas de protección pública*. /en/ LÓPEZ R., Fernando (coord.) *Construyendo el derecho a la vivienda*. Madrid: Marcial Pons, p. 383-409.
- GARCÍA-BELLIDO G., Javier (2000) *Ildefonso Cerdà y el nacimiento de la urbanística: la primera propuesta disciplinar de su estructura profunda*. en *Scripta Nova*, <http://www.ub.es/geocrit/sn-61.htm> [consultado el 23.07.2003, a las 00:40 hrs.]
- (1994) "Inicios del lenguaje de la disciplina urbanística en Europa y difusión internacional de la "Urbanización" de Cerdà", en *Tiempo y Espacio en el Arte. Homenaje al profesor Antonio Bonet Correa*, vol. II, Madrid: Universidad Complutense, p. 1108-9.
- (1994b) «Configuración de la "Propiedad Desagregada". Dualidad de Derechos en la Propiedad Inmobiliaria». /en/ RDU N°138, 1994a, p. 83-170 (primera parte), y RDU N°139, 1994b, p. 97-184 (segunda parte).
- (1993) "La liberalización efectiva del suelo. Escisión del derecho de propiedad inmobiliaria en una sociedad avanzada". /en/ CyT N° 95-96, p. 175-198.
- (1992) "Perspectiva ilustrada sobre el contenido urbanístico de la propiedad ante la Ley 8/90 de Reforma de la del Suelo". /en/ VV.AA. *Ley de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo*, ed. C.O.A. Comunidad Valenciana, Delegación de Alicante, y Generalitat Valenciana, Conselleria d'Obres Públiques i Transports, Alicante, p. 67-127.
- (1989) *Hacia una renovación de la racionalidad urbanística*. /en/ CyT N° 81-82, p. 167-222.
- GARCÍA-BELLIDO G., Javier y SANTOS D., Ricardo (1997) *Evolución parlamentaria de la Ley 6/1998 sobre Régimen de Suelo y Valoraciones*. /en/ CyT XXIX N° 113-114, p. 746-758.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2005) *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*. Madrid: Civitas, 288 p.

- (2000) *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*, reimp. Madrid: Alianza, 226 p.
- (1998) *El Derecho urbanístico español al comenzar el siglo XXI*. /en/ REDA N° 99, p. 395-403 (también publicado en PÉREZ H., José María, dir. (2000) *La Carestía del Suelo: Causas y Soluciones*. Madrid: La Ley, Fundación de Estudios Inmobiliarios, p. 87-99 (previamente publicado).
- (1998b) *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4ª ed. Madrid: Civitas, 1998.
- (1999) *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 110 p.
- (1995) *La lucha contra las inmunidades del poder*, 2ª reimp. de la 3ª ed. Madrid: Civitas, 99 p.
- (1981) *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 257 p.
- (1958) *La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo*. /en/ Anuario de Derecho Civil, Tomo XI, fascículo II, p. 485-510.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ R., Tomás-Ramón (2001, 2002) *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, reimpresión de la 10ª ed. Madrid: Civitas, 2001, 825 p.; T. II, 8ª ed. Madrid: Civitas, 2002, 739 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO A., Luciano (1981, 1979) *Lecciones de Derecho Urbanístico*, T. I., 1ª ed. Madrid: Civitas, 1979, 459 p.; T. II, 1ª ed. Madrid: Civitas, 1981, 424 p.
- GARCÍA F., José (1997) "Trazas urbanas hispanoamericanas y sus antecedentes", en *La ciudad hispanoamericana. El sueño de un orden* (ed. VV.AA), Madrid: Ministerio de Fomento, p. 219-221.
- GARCÍA H., Luz (2001). *Elitización: propuesta en español para el término gentrificación*. en *Biblio 3W*, Vol. VI, <http://www.ub.es/geocrit/b3w-332.htm> [consultado el 20.07.2003, a las 10:40 hrs.]
- GARNIER, Tony (1971) "Una ciudad industrial. Estudio para la construcción de las ciudades", en *Orígenes y Desarrollo de la Ciudad Moderna* (ed. C. AYMÓNINO), Barcelona: Gustavo Gili, p. 217-240.
- GARRIDO F., Fernando (2001) *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed. Madrid: Civitas, 2839 p.
- GAVARA de C., Juan (1994) *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 367 p.
- GEA O., Mª Isabel (2002) *Las murallas de Madrid*, 3 ed., Madrid: La Librería, 95 p.
- GELLERMANN, Martín (1996) "La propiedad urbana en Alemania", en *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado* (ed. J. BARNÉS), Madrid: Tecnos, p. 276.
- GIDDENS, Anthony (2002) *Sociología*, 4ª ed., trad. J. C. M, Madrid: Alianza, 944 p.
- GIGLIA, Angela (2002) "Privatización del espacio, auto segregación y participación ciudadana en la ciudad de México: el caso de las calles cerradas en la zona de Coapa (Tlalpan, Distrito Federal)", en *Trace, Revista del Centro de Estudios Mexicanos y*

- Centro Americanos, disponible en http://uam-antropologia.info/web/articulos/giglia_art02.pdf.
- GILLMORE L., Robert & GUERRERO P., Pablo (2001) *Principios del derecho urbanístico como fuente normativa del desarrollo urbano y las Zonas de Desarrollo Urbano Condicionado como instrumento del urbanismo moderno*. /en/ VV.AA. *Derecho Urbanístico. Selección de trabajos premiados*. Santiago de Chile: Universidad del Desarrollo, p. 9-56.
- GOIC M., Juan (1996) *Artículo 38. La libertad de empresa*. /en/ ALZAGA V., Óscar (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Cortes Generales-EDERSA, T. III, p 731-745
- GÓMEZ-FERRER M., Rafael (1998) *El derecho a urbanizar: cargas y deberes*. /en/ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique (dir.). *Ordenamientos Urbanísticos: Valoración crítica y perspectivas de futuro*. Jornadas Internacionales de Derecho Urbanístico celebradas en Santiago de Compostela, 2 y 3 de julio de 1998. Madrid: Marcial Pons, p. 187-215.
- ___ (1995) *El agente urbanizador en la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística*. /en/ VV.AA. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística*. Valencia: Generalitat Valenciana, p. 203-223.
- ___ (1975) *En torno a los estándares urbanísticos*. /en/ REDA N° 4, p. 59-82.
- ___ (1971) *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*. Madrid: Tecnos, 283 p.
- GONZÁLEZ-BERENGUER U., José L. (2001) *Reflexiones sobre el Urbanismo. Y: La ciencia / La política / La ética / El tiempo / El dinero*. Madrid: El Consultor, 600 p.
- ___ (1997) *La financiación del urbanismo y el precio de los terrenos*. Madrid: Montecorvo, 367 p.
- ___ (1986) *La recepción en América de los conceptos del Derecho urbanístico europeo*. /en/ *Estudios sobre Planeamiento, Gestión y Docencia del Urbanismo*. Madrid: Montecorvo, 1986, 581 p.
- ___ (1979) *Gestión, financiación y control del urbanismo*. Madrid: IEAL, 964p.
- ___ (1978) *¿Quién paga el urbanismo?* /en/ CyT N° 1/78, p. 41-44.
- GONZÁLEZ G., Isabel (2000) *La variedad urbana: una condición necesaria para la calidad de vida en la ciudad*. /en/ *Documentación Social* N° 119, p. 115-136.
- GONZÁLEZ P., Jesús (dir.) (2008) *Comentarios a la Ley de suelo. Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio*, T. I., 2ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 932 p.
- ___ (2008b) *El derecho a una vivienda digna en la Ley de Suelo de 2008*. Madrid: Fundación Registral, 138 p.
- ___ (2000) *Tres atentados al mercado del suelo*. /en/ PÉREZ H., José Mª. dir. *La Carestía del Suelo: Causas y Soluciones*. Madrid: La Ley, Fundación de Estudios Inmobiliarios, p. 167-193.
- ___ (1998) *Comentarios a la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones*. Madrid: Civitas, 918 p.
- ___ (1993) *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*, 3 T., 6ª ed. Madrid: Civitas, 1993 p.

- GONZÁLEZ-VARAS I., Santiago (2005) *Urbanismo y Ordenación del Territorio*, 2ª ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 647 p.
- GORDON, Peter (1993) "Robert Owen (1771-1858)", en *Perspectivas*, Vol. XXIV Nº 1-2, p. 279-297.
- GRAVAGNUOLO, Benedetto (1998) *Historia del urbanismo en Europa 1750-1960*, trad. J. CALATRAVA, Madrid: Akal, 486 p.
- GROSSI, Paolo (1992) *La Propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, trad. de A. M. López y López. Madrid: Civitas, 133 p.
- GUERRERO R., Roberto (2001) *Orden público económico*. /en/ NAVARRO B., Enrique (ed.). *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, p. 307-329.
- GUILLÉN N., Nicolás (2010) *La vivienda social en Inglaterra*. Barcelona: Atelier, 270 p.
- GUTIÉRREZ, Ramón (1997) "La ciudad iberoamericana en el siglo XIX", en *La ciudad hispanoamericana. El sueño de un orden* (ed. VV.AA), Madrid: Ministerio de Fomento, p. 252-266.
- HAAR, Charles (1996) *Suburbs under siege race, space and audacious judges*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 266 p.
- HÄBERLE, Peter. (2004) *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley* (trad. de Joaquín Brage C.). Madrid: Dykinson, 240 p.
- HALL, Peter (1996) *Ciudades del mañana. Historia del urbanismo en el siglo XX*, Barcelona: del Serbal, 496 p.
- HARBERGER, Arnold (1979) *Notas sobre los problemas de vivienda y planificación de la ciudad*. /en/ AUCA 37, p. 39-41.
- HARDOY, Jorge (1997) "Las ciudades de América Latina a partir de 1900", en VV.AA. *La ciudad hispanoamericana. El sueño de un orden*, Madrid: Ministerio de Fomento, p. 267-74.
- HARVEY, David (2003) *Espacios de esperanza*, trad. C. PIÑA, Madrid: Akal, 328 p.
- HAUMON, Nicole, et. al (1999) *Villes Nouvelles et villes traditionnelles. Une comparaison internationale*, París: L'Harmattan, 341 p.
- HELD, Günther (2000). *Políticas de viviendas de interés social orientadas al mercado: experiencias recientes con subsidios a la demanda en Chile, Costa Rica y Colombia* CEPAL [LC/L.1382-P] *Financiamiento del desarrollo* Nº 96.
- HIDALGO D., Rodrigo (2007). *Cien años de política de vivienda social, cien años de expulsión de los pobres a la periferia de la ciudad de Santiago*. /en/ CASTILLO, Mª José e HIDALGO, Rodrigo (eds.) *1906/2006. Cien años de política de vivienda en Chile*. Santiago, Chile: Universidad Andrés Bello, p. 51-63.
- (2005) *La vivienda social en Chile y la construcción del espacio urbano en el Santiago del siglo XX*, Santiago, Chile Universidad Católica de Chile: Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 491 p.
- (2000). *La política de casas baratas a principios del siglo XX. El caso de Chile*. en *Scripta Nova* <http://www.ub.es/geocrit/sn-55.htm> [consultado el 15.06.2003, a las 00:40 hrs.]

- HIDALGO, Rodrigo, SALAZAR, Alejandro y ÁLVAREZ, Lily (2003) *Los condominios y urbanizaciones cerradas como nuevo modelo de construcción del espacio residencial en Santiago de Chile (1992-2000)*. /en/ Scripta Nova, Vol. VII, [http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146\(123\).htm](http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146(123).htm) [consultado el 23.07.2003, a las 00:40 hrs.]
- HOWARD, Ebenezer (1971) "Las ciudades-jardín del mañana", trad. Laboratorio de Urbanismo de la U. de Barcelona, en *Orígenes y Desarrollo de la Ciudad Moderna* (ed. C. AYMÓNINO), Barcelona: Gustavo Gili, p. 131-213.
- HUNEEUS M., Carlos (2002) *El régimen de Pinochet*, 2ª ed. Santiago de Chile: Sudamericana, 670 p.
- IGLESIAS G., Felipe (2005) "La intervención pública en el mercado de la vivienda como política social: problemas actuales y soluciones posibles". /en/ DA N° 271-272, p. 515-544.
- ____ (2000) *Administración Pública y Vivienda*. Madrid: Montecorvo, 439 p.
- INE, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2003) *Los extranjeros residentes en España: 1998-2002*, Madrid: INE, 58 p.
- IRAZÁBAL, Clara (2001). *De la Carta de Atenas a la Carta del Nuevo Urbanismo ¿Qué significa para Latinoamérica?* en *Arquitextos* 019, http://www.vitruvius.com.br/arquitextos/arq019/bases/03tex_e.asp [consultado el 23.07.2003, a las 00:40 hrs.]
- IRTI, Natalino (1992) *La edad de la decodificación*, trad. e introducción de Luis Rojo A. Barcelona: Bosch, 214 p.
- JACOBS, Jane (1967) *Muerte y vida de las grandes ciudades*, trad. Á. ABAD, Madrid: Península, 469 p.
- JARAMILLO, Samuel (2001) "La experiencia colombiana en la recuperación estatal de los incrementos del precio del suelo. La contribución de valorización y la participación en las plusvalías", en *Recuperación de plusvalías en América Latina. Alternativas para el desarrollo urbano* (eds. M. SMOLKA & F. FURTADO), Santiago de Chile: Eurelibros, p. 71-98.
- JIMÉNEZ B., Antonio (1991) *Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución*. /en/ *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, *De los derechos y deberes fundamentales*. Madrid: Civitas, p. 635-650.
- JIMÉNEZ L., Pedro (1985) "La afectación del suelo a la construcción de Viviendas de Protección Oficial como determinación del planeamiento general en suelo urbanizable programado", en RDU N° 92, p. 13-26.
- JORDÁN, Ricardo y SIMIONI, Daniela (1998) *Ciudades intermedias de América Latina y el Caribe: propuestas para la gestión urbana*, Santiago de Chile: CEPAL-Ministero degli Affari Esteri Cooperazione Italiana, 450 p.
- JORDÁN D., Tomás (2008) *La protección de los derechos sociales. Modelos jurisprudenciales comparados de tutela: Chile y España*, Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado, 216 p.
- ____ (2007) *La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena*. /en/ *Estudios constitucionales*, Año 5 N° 2, p. 185-204

- JORDANO F., Jesús (2008) *Breves reflexiones sobre la Ley del Suelo*. /en/ VV.AA. *El derecho urbanístico del siglo XXI: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, Vol. 1 (Urbanismo y vivienda). Madrid: Reus, p. 323-350.
- ____ (2007) *Un desafío para los ordenamientos en el siglo XXI: el desarrollo sostenible*. /en/ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (edit.) *Dimensiones jurídicas de la globalización*. Sevilla: Dykinson, p. 119-139.
- JOSSERAND, Louis (1950) *Derecho Civil, T. I, Vol. III, La propiedad y otros derechos reales*, trad. por S. CUNCHILLOS Y MANTEROLA de la 3ª ed. de 1938. Buenos Aires: Bosch, p. 140.
- ____ (1930) *Cours de droit civil positif français, T. I*. Paris: Librairie du Recueil Sirey.
- KAST, Miguel (1979) *El uso del suelo por las ciudades*, en AUCA N° 37, p. 38-39.
- KENNA, Padraic (2006) *Los derechos a la vivienda y los derechos humanos*, Barcelona: Prohabitatge, 255 p.
- KUSHNER, James A. (2003) *El nuevo urbanismo: urbanismo e integración de la inmigración étnica en Europa y los Estados Unidos*. /en/ PONCE S., Juli (coord.) *Derecho urbanístico, vivienda y cohesión social y territorial*. Madrid: Marcial Pons, p. 31-44.
- LASAGABASTER H., Iñaki (2006) "Breve nota a la resolución del Parlamento europeo relativa a los abusos producidos como consecuencia de la aplicación de la Ley de la actividad urbanística de Valencia", en *Ambiente y Derecho* N° 4, p. 71-80.
- LASCH, Christopher (1996) *La rebelión de las élites y la traición a la democracia*, Barcelona: Paidós, 237 p.
- LA CAIXA (1995) *La defensa de la competencia en España y en Europa*. Colección Estudios e Informes N° 2. Barcelona, 312 p.
- LAWNER S., Miguel (2007) "El terremoto de Tocopilla, Chile: carta abierta a la Presidenta de la República Dra. Michelle Bachelet, y repercusiones". /en/ *Revista de Urbanismo* N° 17, Departamento de Urbanismo F.A.U. Universidad de Chile (disponible en http://revistaurbanismo.uchile.cl/CDA/urb_complex/0,1311,SCID%253D20873%2526ISID%253D728%2526IDG%253D2%2526ACT%253D1%2526PRT%253D20873,00.html#)
- LEAL M., Jesús (2002) "Segregación social y mercados de vivienda en las grandes ciudades". /en/ *Revista Española de Sociología* N° 2, p. 59-75.
- LE CORBUSIER (1999) *Precisiones respecto a un estado actual de la arquitectura y el urbanismo* trad. J. GIVANEL, Barcelona: Apóstrofe, 292 p.
- ____ (1980) *La casa del hombre*, Barcelona: Apóstrofe, 221 p.
- LEFEBVRE, Henri (1969) *El derecho a la ciudad*, trad. J. J. González-Pueyo. Barcelona: Península, 169 p.
- LE GOFF, Jacques (1991) "Construcción y destrucción de la ciudad amurallada. Una aproximación a la reflexión y la investigación", en *La ciudad y las murallas* (eds. C. DE SETA & J. LE GOFF), Madrid: Cátedra, p. 11-20.
- LE LOUARN, Patrick (2002) "Las ciudades privatizadas o la impotencia del derecho", en *CyT* N° 133-134, p. 529-538.
- LETETIER W., Raúl (2001) "Propiedad y potestades urbanísticas". /en/ *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado, Chile)* N° 4.

- LIBERTAD Y DESARROLLO (2004) «Peñalolén: Lecciones de una "Toma" y su solución», en *Temas Públicos* Nº 665, 12 de marzo, p. 5-8.
- LIVI-BACCI, Massimo (1990) *Historia mínima de la población mundial*, Barcelona: Ariel, 222 p.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel (2003) *Martin Wolf y el concepto de garantía institucional*. /en/ VV.AA. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez Picazo*, T. III. Navarra: Thomson-Civitas, p. 4005-4019.
- ____ (2000) *Conversaciones con difuntos. Radbruch y la teoría de la propiedad, un testigo de Weimar*. /en/ BALAGUER C., Francisco, coord. *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, p. 431-438.
- LÓPEZ G., Luis y AGUIAR DE LUQUE, Luis (2001) *Las Constituciones de Iberoamérica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1.324 p.
- LÓPEZ T., Marco (1981) "Expansión de las Ciudades". /en/ *EURE*, Vol. 8 Nº22, p. 21-42.
- LÓPEZ R., Fernando (1999) *Crisis y Renovación del urbanismo español en la última década del siglo XX*. /en/ *REDA* Nº104, p. 521-550.
- LORA-TAMAYO V., Marta (2006) *Derecho urbanístico y medio ambiente. Hacia el desarrollo urbano sostenible*. Madrid: Dykinson, 132 p.
- ____ (2002) *Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar*. Madrid: Marcial Pons, 547 p.
- MAGRINYÁ T., Francesc (1999) "Las influencias recibidas y proyectadas por Cerdá", en *CyT* Vol. XXXI Nº 119-120, p. 95-117.
- MARTÍNEZ del O., Almudena y LEAL M., Jesús (2008) *La segregación residencial, un indicador espacial confuso en la representación de la problemática residencial de los inmigrantes económicos: el caso de la Comunidad de Madrid*. /en/ *ACE: Arquitectura, Ciudad y Entorno*, III Nº 8, p. 53-64.
- MALAMUD R., Carlos (1988) "El número de hombres", en Menéndez P., Ramón. *Historia de España* (ed. J. M. JOVER Z., DIRECTOR), 2ª ed, vol. XXXI, Madrid: Espasa-Calpe, p. 75.
- MALDONADO C., Mª Mercedes, et. al. (2006) *Planes parciales, gestión asociada y mecanismos de distribución equitativa de cargas y beneficios en el sistema urbanístico colombiano*. Bogotá: Lincoln Institute of Land Policy, 285 p.
- MANDELKER, Daniel (2003) *Land Use Law*, fifth ed. New Jersey: LexisNexis.
- ____ (2003b) "Derecho urbanístico y ordenación urbanística excluyente en los Estados Unidos de Norteamérica", en *Anuario del Gobierno Local 2002* (ed. T. FONT LLOVET), Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, p. 169-185.
- MANDELKER, Daniel, PAYNE, John, SALSICH, Peter y STROUD, Nancy (2005) *Planning and Control of Land Development: cases and materials*, sixth ed. New Jersey: LexisNexis, 935 p.
- MARÍN T., Carmelo (1956) "Las cesiones obligatorias en la Ley de Régimen del Suelo". /en/ *REVL* Nº88, p. 558-576.
- MARSHALL, T. H. (1998) *Ciudadanía y clase social*. /en/ MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, Tom. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza, p. 13-82.

- MARTÍ F., Manuel (1998) *Propuestas de solución al problema del precio del suelo*. /en/ RENTERÍA A., Alfonso (dir.). *Urbanismo: Función pública y protección de derechos individuales*. Madrid: Civitas, p. 211-228.
- MARTÍN B., José (1976) "Las urbanizaciones privadas y su posible configuración jurídica". /en/ *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XX, p. 139-204.
- MARTÍN M., Ramón (1967) "El estatuto de la propiedad inmobiliaria". /en/ *RAP* N° 52, p. 101-150.
- (1964) "La eclosión de nuevas comunidades. Régimen administrativo de las urbanizaciones particulares". /en/ *RAP* N° 45, p. 35-103.
- MARTÍN R., Luis (2007) *Evolución histórica del Derecho Urbanístico en España*. /en/ MARTÍN R., Luis y BUSTILLO B., Roberto (directores). *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Navarra: Aranzadi, p. 53-65.
- MARTÍN-RETORTILLO B., Lorenzo (1988) *Régimen constitucional de los derechos fundamentales*. /en/ MARTÍN-RETORTILLO B., Lorenzo, y OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, p. 17-91.
- MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián (1989) *Esbozo histórico sobre la libertad de comercio y la libertad de industria*. /en/ GÓMEZ-FERRER M., Rafael (coord.) *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*. Madrid: Civitas, p. 698-716.
- MARTÍNEZ B., Raquel (2003). *La reciente inmigración latinoamericana a España* CEPAL [LC/L.1922-P] Medio Ambiente y Desarrollo N° 40.
- MARTÍNEZ C., Juan (coord.) (2007) *Comentarios a la Ley de Suelo estatal*. Madrid: Lex Nova, 344 p.
- MARTÍNEZ, E y LÓPEZ, A (2003). *El problema del suelo y la vivienda obrera en el socialismo normaliano. La perspectiva crítica de Maurice Halbwachs (1908-1912)*. en *Scripta Nova*, Vol. VII, [http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146\(014\).htm](http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146(014).htm) [consultado el 24.05.2008, a las 15:30 hrs.]
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José L. (2008) *El derecho de propiedad sobre el suelo en su nueva Ley estatal de 2007*. /en/ VV.AA. *El derecho urbanístico del siglo XXI: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, Vol. 1 (Urbanismo y vivienda). Madrid: Reus, p. 509-541.
- (2005) *El concepto de urbanismo*. /en/ PÉREZ H., José (coord.). *Hacia un nuevo urbanismo: curso sobre ordenación del espacio y régimen del suelo*, T. I. Madrid: Fundación de Estudios Inmobiliarios, p. 161-196.
- (1992) *Derecho de Propiedad y Proyecto de Reforma de Ley del Suelo*. /en/ BOQUERA, José M^a (ed.). *Derecho Urbanístico Local*. Madrid: Civitas, p. 74-109.
- MARX, Carlos y ENGELS, Federico (1848) *Manifiesto del Partido Comunista*, en <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm> [consultado el 24.05.2008, a las 15:30 hrs.]
- MAS H., Rafael (1996) "La promoción inmueble en España (1846-1995)", en *CyT* Vol. XXVII N° 107-108, p. 241-269.
- MASSEY, Douglas S. y DENTON, Nancy A. (1988) "The Dimensions of Residential Segregation", en *Social Forces* 67(2), p. 281-315.
- MCKENZIE, Evan (1996) *Privatopia: Homeowner associations and the rise of the residential private government*, New Haven: Yale University Press, 245 p.

- MEADOWS, Donella H., et. al. (1972) *Los límites del crecimiento: informe al club de Roma sobre el predicamento de la humanidad*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 253 p.
- MEDINA, Fernando (2001). *Consideraciones sobre el índice de Gini para medir la concentración del ingreso*, CEPAL [LC/L.1493-P].
- MEDINA DE L., Manuel (1999) *Derecho Urbanístico*. Zaragoza: Bosch, 262 p.
- MÉNDEZ, Eloy (2004) "Vecindarios defensivos latinoamericanos. Los espacios prohibitorios de la globalización", en *Perspectivas urbanas* N° 4, p. 1-17.
- ____ (2002) "Urbanismo y arquitectura del miedo. Reflexiones sobre los fraccionamientos cerrados en México", en *CyT XXXIV* N° 133-134, p. 491-501.
- MÉNDEZ, Ricardo y MOLINERO, Fernando (2000) *Espacios y sociedades. Introducción a la geografía regional del mundo*, reimp. de la 6ª ed., Barcelona: Ariel, 688 p.
- MENÉNDEZ R., Ángel, et. al. (2007) *Artículos 33 y 34. /en/ SÁNCHEZ G., Enrique, dir. Ley de Suelo. Comentario Sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*. Madrid: La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, p. 830
- ____ (2001) *Manual de Urbanismo*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 1001 p.
- ____ (1993) *Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos*, en *CyT* N° 95-96, p. 209-221.
- MERELO A., José (1993), "Medidas contra la especulación del suelo en la legislación urbanística", en *CyT* N° 95-96, p. 223-230.
- MILJUTIN, N. A. (1971) "Sosgorod. El problema de la construcción de las ciudades socialistas", en *Orígenes y Desarrollo de la Ciudad Moderna* (ed. C. AYMÓNINO), Barcelona: Gustavo Gili, p. 287-329.
- MILLS, Edwin (1975) *Economía urbana (Urban economics, 1972, trad. por José Meza)*. México, D.F.: Diana, 1975, 327 p.
- MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO, VICEMINISTERIO DE VIVIENDA, DESARROLLO URBANO Y AGUA POTABLE, Colombia (1997). *La política urbana del salto social. Presentación general de la Ley de Desarrollo Territorial*.
- MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO o MINVU, Chile (2004) *Chile. Un siglo de políticas en vivienda y barrio*. Santiago de Chile: División de Estudios Técnicos y de Fomento Habitacional, 359 p.
- ____ SECRETARÍA MINISTERIAL METROPOLITANA (1997) *Plan Regulador Metropolitano de Santiago de Chile. Memoria Explicativa Incorporación de las comunas de Colina, Lampa y Til-Til*. Santiago de Chile, mimeo.
- ____ (1985) *Política de Nacional de Desarrollo Urbano, 1985*. Santiago de Chile: publicación N° 207, 47 p.
- ____ (1981) *Política de Nacional de Desarrollo Urbano, 1979* /en/ EURE Vol. 8 N°22, p. 9-15.
- MINISTERIO DE VIVIENDA, España (2010) *Informe sobre situación del estado del sector de la vivienda en España*, Madrid, 59 p. en http://www.vivienda.es/es/pdf/notas/NP040510_ISSVE.pdf [consultado el 30.05.2010, a las 16:00 hrs.]
- ____ (2006) *Atlas Estadístico de las Áreas Urbanas en España 2006*. Madrid: Secretaría General Técnica, p. 326 p.

- (1962) *Valoración de terrenos sujetos a expropiación en ejecución de los planes de vivienda y urbanismo*, Madrid: Secretaría General Técnica-BOE, 148 p.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris (1931) *Estudio preliminar*. /en/ *Las nuevas constituciones del mundo*, 2ª ed. Madrid: España, 713 p.
- MODREGO C., Fernando (2000) *Cuarenta meses de aplicación de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística en la Comunidad Valenciana*. /en/ *CyT XXXII* (123), p. 11-27.
- MOLINA DEL P., Carlos (2008) *La preocupación de la Unión Europea por lograr ciudades sostenibles: La Carta de Leipzig*. /en/ OLMO A., Jesús del (coord.). *El Derecho urbanístico del siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Martín Bassols Coma, T. III, Urbanismo y Estado de las Autonomías*. Madrid: Reus, p. 429-444.
- MOLLÁ R., M y RODRÍGUEZ CH., I (2002) "Urbanizaciones cerradas en Puebla y Toluca", en *Latinoamérica: países abiertos, ciudades cerradas*. (ed. L. F. CABRALES B.), Guadalajara (México): UNESCO / Universidad de Guadalajara, p. 511-548.
- MONCLÚS, Francisco Javier (1998) "Suburbanización y nuevas periferias. Perspectivas geográfico-urbanísticas". /en/ *La ciudad dispersa. Suburbanización y nuevas periferias* (ed. F. J. MONCLÚS), Barcelona: Centre de Cultura Contemporània de Barcelona, p. 5-16.
- MONTÉS, Vicente (1980) *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo (un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978)*. Madrid: Civitas, 308 p.
- MONTT O., Santiago (2006) "Las inversiones como un nuevo límite a la acción de los poderes públicos: Expropiaciones indirectas y control del Estado regulador ante tribunales arbitrales internacionales". /en/ *Revista de Derecho Administrativo Económico* Nº 16, p. 33-70.
- MOPTMA (MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTES Y MEDIO AMBIENTE) (1996) *Informe sobre Suelo y Urbanismo en España*. Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, 295 p.
- MORALES, Guillermo; GARCÍA-BELLIDO, Javier y ASÍS, Agustín de, eds. (2005) *Pascual Madoz (1805-1870): Un político transformador del territorio. Homenaje en el bicentenario de su nacimiento*. Madrid: Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente, Universidad Carlos III de Madrid, 231 p.
- MORELL O., Luis (1999) *Curso de derecho administrativo*, V. I, 4ª ed. Pamplona: Aranzadi, 714 p.
- MORENO M., Ángel (2008) *Urbanismo y medio ambiente. Las claves jurídicas del planeamiento urbanístico sostenible*. Valencia: Tirant lo Blanch, 431 p.
- MUMFORD, Lewis (1979) *La ciudad en la historia: sus orígenes, transformaciones y perspectivas*, 2ª ed., trad. E. L. REVOL, Buenos Aires: Infinito, 443 p.
- MUÑOZ C., José (2003) *Constitución y Vivienda*. Madrid: CEPC, 274 p.
- MUÑOZ M., Santiago (2006) *Tratado de Derecho administrativo y de Derecho público general*, T. II. Madrid: Iustel, 1405 p.
- (2003) *El planeamiento urbanístico*. /en/ VV.AA. *Tratado de Derecho Municipal*, T. II, 2ª ed. Madrid: Civitas, p. 2141-2155.

- ____ (2003b) *Los límites constitucionales de la libertad de empresa*. /en/ /en/ COSCULLUELA M., Luis (coord.) *Estudios de derecho público económico: Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid: Civitas, p. 139-163.
- MUÑOZ M., Santiago & LÓPEZ B., Mariano (2009) *El planeamiento urbanístico*. Madrid: Iustel, 281 p.
- MURO M., J. Ignacio (1990) "Ciudades, fortificaciones y zonas polémicas en la España del siglo XIX", en *Los espacios acotados. Geografía y dominación social* (ed. H. CAPEL), Barcelona: PPU, p. 113-137.
- NAVAS O., José I. (2007) "El derecho de superficie en la nueva Ley de Suelo", en *CyT XXIX* (152-153), p. 441-457.
- NEL-LO, Oriol (1998) "Los confines de la ciudad sin confines. Estructura urbana y límites administrativos en la ciudad difusa", en *La ciudad dispersa. Suburbanización y nuevas periferias* (ed. F. J. MONCLÚS), Barcelona: Centre de Cultura Contemporània de Barcelona, p. 35-57.
- NIETO DE LOS R., María de la Luz (1999). *Metodología de evaluación de proyectos de viviendas sociales* CEPAL-ILPES [LC/L.1266-P; LC/IP/L.166] Manuales N° 5.
- NOGUEIRA A., Humberto (2008) "La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005", en *Estudios constitucionales*, Vol. 6 N° 2, p. 325-370.
- NOVOA M., Eduardo (1979) *El Derecho de Propiedad Privada*. Bogotá: Temis, 169 p.
- OMS, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (1990) *Principios de Higiene de la Vivienda*. Ginebra, 1990, 44 p.
- ONU, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2004) *World Urbanization Prospects: The 2003 Revision*.
- ____ (2002) *World Urbanization Prospects: The 2001 Revision*.
- ____ (2001) *Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sr. Miloon Kothari, presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión [documento E/CN.4/2001/51].
- ____ (1994) *Segundo informe sobre la marcha de los trabajos presentado por el Sr. Rajindar Sachar, Relator Especial* [documento E/CN.4/Sub.2/1994/20].
- ORTEGA A., Luis (1977) "La nacionalización del suelo en Gran Bretaña (*The Community Land Act 1975*)", en *REDA* N° 14, p. 459-478.
- ____ (1976) "El libro blanco sobre la nacionalización del suelo en Gran Bretaña", en *RAP* N° 80, p. 513-530.
- ORTEGA, Oscar (1985) *El cité en el origen de la vivienda chilena*. /en/ Revista del Colegio de Arquitectos de Chile N° 41, p. 18-21.
- OUTTES, Joel (2002) "Disciplinando la sociedad a través de la ciudad. El origen del urbanismo en Argentina y Brasil (1894-1945)", en *EURE*, Vol. 28 N° 83, p. 7-29.
- PABLO VI (1971) *Carta Apostólica Octogesima Adveniens*, AAS 63.
- PANTOJA B., Rolando, redactor y recopilador (1994) *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas: leyes administrativas sobre municipalidades*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1994, 314 p.
- PARADA V., Ramón (2007) *Derecho Urbanístico General. Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*. Madrid: Marcial Pons, 229 p.

- ___ (2002) *Derecho Administrativo, T. III, Bienes Públicos, Derecho Urbanístico*, 9ª ed. Madrid: Marcial Pons, 626 p.
- PAREJO A., Luciano (2007) *El Planeamiento Urbanístico*. /en/ MINISTERIO DE VIVIENDA, España. *Atlas Estadístico de las Áreas Urbanas en España 2006*. Madrid: Secretaría General Técnica, p. 265-271.
- ___ (2007b) "Condiciones básicas de igualdad de los ciudadanos y régimen básico del suelo en la LS", en *CyT XXIX* (152-153), p. 311-360.
- ___ (2005) "La ordenación territorial y urbanística en el contexto de la política económica y social del Estado", en *DA* Nº 271-272, p. 481-514.
- ___ (2003) "Reflexiones sobre la libertad, la seguridad y el Derecho", en *Justicia Administrativa* Nº 21, p. 5-19.
- ___ (2003a) *Derecho Administrativo. Instituciones Generales*, Barcelona: Ariel, 1.347 p.
- ___ (2003b) "Urbanismo, política territorial y marco legal general", en *RDUyMA* Nº 200, p. 199-250.
- ___ (2001-2002) "La cuestión de constitucionalidad de la figura urbanística del urbanizador en su concreta versión original, la de la legislación valenciana", en *DA* Nº 261-262, p. 69-108.
- ___ (2001) *Derecho Urbanístico de Galicia*, Madrid: Marcial Pons, 573 p.
- ___ (1999) *Notas sobre el principio de subsidiariedad y el gobierno local*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals, 30 p.
- ___ (1997) "Comentario de urgencia sobre los pronunciamientos básicos de la STC 61/1997", en *Actualidad Administrativa* Nº 29, p. 571-585.
- ___ (1995) "El significado de la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, en la evolución del Derecho urbanístico: una nueva articulación de lo público y lo privado en la actividad urbanística", en *RDUyMA* Nº 143, p. 107-126.
- ___ (1993) "Reflexiones sobre la situación actual y las posibles líneas de reforma del ordenamiento urbanístico", en *CyT* 95-96, p. 231-243.
- ___ (1993b) *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993.
- ___ (1992) "Los problemas básicos del urbanismo actual", en BOQUERA O., José Mª (coords.), *Derecho Urbanístico Local*. Madrid: Civitas, p. 19-44.
- ___ (1991) *Suelo y Urbanismo: el nuevo sistema legal*. Madrid: Tecnos, 224 p.
- ___ (1990) "Expropiación forzosa y supuestos expropiatorios en la Ley 8/1990, de 25 de julio de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo", en *DA* Nº 222, p. 105-148.
- ___ (1989) "El reto social del urbanismo en su actual encrucijada. Balance crítico y aproximación a sus urgentes respuestas", en *CyT* 81-82, p. 123-137.
- ___ (1986) *Derecho Urbanístico. Instituciones básicas*, Mendoza: Ciudad Argentina, 684 p.
- ___ (1981) "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional", en *REDC* Nº 3, p. 169-190.
- ___ (1981a) *Garantía institucional y autonomías locales*. Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 167 p.
- ___ (1979) *La Ordenación Urbanística. El periodo 1956-1975*, Madrid: Montecorvo, 229 p.

- ____ (1978) "La Garantía del Derecho de Propiedad y la Ordenación Urbanística en el Derecho Alemán, I", en REDA Nº 17, p. 245-274.
- PAREJO A., Luciano (coord.), JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y ORTEGA A., Luis (1998) *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Barcelona: Ariel, 375 p.
- PAREJO A., Luciano (coord.), JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y ORTEGA A., Luis (1992) *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed. Barcelona: Ariel, 873 p.
- PAREJO A., Luciano y ROGER F., Gerardo (2009) *Comentarios al texto refundido de la ley del suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*. Madrid: Iustel, 574 p.
- PARROCHIA B., Juan (1979) *Iniciativas sobre Desarrollo Urbano enunciadas por el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo*, en Revista de Urbanismo, Departamento de Urbanismo F.A.U. Universidad de Chile Nº 4/2001 (disponible en <http://revistaurbanismo.uchile.cl/n4/parroquia.html>, última consulta 09.05.2010, 23:00 hrs.).
- PAVEZ R., Mª Isabel (1998) "¿Estándares de necesidades de equipamiento?" /en/ Boletín INVI Nº33, F.A.U. Universidad de Chile, p.52-66.
- PEÑAILILLO A., Daniel (2002) *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*, reimp. 3ª ed. Santiago de Chile: Jurídica, 412 p.
- PECES-BARBA, Gregorio (1999) *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* (reimp.). Madrid: Universidad Carlos III - BOE, 720 p.
- PERALES M., Francisco (1996) "La primera reforma de la Ley del Suelo: 1956-1975 ", en CyT XXVII (107-108), p. 101-126.
- PÉREZ H., José (2005) *Estudio introductorio*, en PÉREZ H., José (coord.). *Hacia un nuevo urbanismo: curso sobre ordenación del espacio y régimen del suelo*, T. I. Madrid: Fundación de Estudios Inmobiliarios, p. 9-38.
- ____ (2003) *Resumen Ejecutivo*, en PÉREZ H., José (dir.). *La carestía del suelo. Causas y soluciones*, 3ª ed. Madrid: Consejo General del Notariado-Fundación de Estudios Inmobiliarios, p. 15-80.
- PÉREZ L., Antonio (2006) *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Navarra: Aranzadi, 320 p
- ____ (2004) "Introducción", en *Juristas Universales*, (ed. R. DOMINGO), vol. IV, Madrid: Marcial Pons, p. 23-67.
- ____ (1991) "Las generaciones de derechos fundamentales", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nº 10, p. 203-217.
- ____ (1987) "Concepto y concepción de los derechos humanos (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)", en DOXA Nº 4, p. 47-66.
- PÉREZ L., Antonio y RODRÍGUEZ de Q., Alfonso (1996) *Artículo 33. Propiedad Privada y Herencia*. /en/ ALZAGA V., Óscar (dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. III. Madrid: Cortes Generales-Edersa, p. 491-541.
- PÉREZ R., Javier (2000) *Curso de Derecho Constitucional*, 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1.123 p.
- PETERMANN, Alexandra (2006) *¿Quién extendió a Santiago? Una breve historia del límite urbano, 1953-1994*. /en/ GALETOVIC, Alexander. ed. (2006) *Santiago. Dónde estamos y hacia dónde vamos*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, p. 205-230.

- PINÇON, Michel y PINÇON-CHARLOT, Monique (2002) "Altas murallas para la alta sociedad", en *CyT* N° 133-134, p. 539-544.
- PINTO DA CUNHA, José M (2002). *Urbanización, redistribución espacial de la población y transformaciones socioeconómicas en América Latina*. CEPAL [LC/L.1782-P] Medio Ambiente y Desarrollo N° 40.
- PIÑAR M., José L. (2002) *El desarrollo sostenible como principio jurídico*. /en/ PIÑAR M., José L.(dir.).*Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Madrid: Civitas, p. 23-48.
- PIRENNE, Henri (1987) *Las ciudades de la Edad Media*, 7ª reimp de 1ª ed., trad. F. CALVO, Madrid: Alianza, 167 p.
- PISARELLO, Gerardo (2008) *El derecho a la vivienda y a la ciudad en la nueva Constitución de Ecuador en* <http://www.descweb.org/?q=es/node/195> [consultado el 20.11.2008, a las 17:30 hrs.]
- ____ (2007) *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid: Trotta, 140 p.
- PISARELLO, Gerardo y OBSERVATORIO DESC (2003) *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción*, Barcelona: Icaria, 284 p.
- PNUD, PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2000) *Informe sobre Desarrollo Humano 2000*, Madrid: Mundiprensa, 290 p.
- PODUJE C., Iván (2006) *El Globo y el acordeón Planificación urbana en Santiago 1960-2004*. /en/ GALETOVIC, Alexander. ed. (2006) *Santiago. Dónde estamos y hacia dónde vamos*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, p. 231-276.
- PONCE S., Julio y SIBINA T., Domènech, coords. (2008) *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo: con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*. Madrid: Marcial Pons, 854 p.
- PONCE S., Julio (2008) "El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda", en PONCE S., Julio y SIBINA T., Domènech, coords. *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo: con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*. Madrid: Marcial Pons, p. 65-176.
- ____ (2007) *Segregación escolar e inmigración. Contra los guetos escolares: Derecho y políticas públicas urbanas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 152 p.
- ____ coord. (2003) *Derecho urbanístico, vivienda y cohesión social y territorial*. Madrid: Marcial Pons, 231 p.
- ____ (2003) "Derecho urbanístico y derechos constitucionales. Las relaciones entre vivienda, equipamientos religiosos y cohesión social", en *Anuario del Gobierno Local 2002* (ed. T. FONT LLOVET), Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, p. 111-144.
- ____ (2002) *Poder local y guetos urbanos. Las relaciones entre el Derecho urbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social*, Madrid: INAP, 219 p.

- (2001) "Derecho urbanístico y segregación espacial. Las relaciones entre la ordenación urbanística y el surgimiento de guetos urbanos", en *CyT* XXXIII N° 130, p. 667-685.
- (1999) "Segregación espacial, Derecho urbanístico y jueces audaces en los Estados Unidos de Norteamérica (con algunas reflexiones sobre el Derecho español)", en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 57, p. 329-354.
- PRECEDO L., Andrés (1996) *Ciudad y desarrollo urbano*, Madrid: Síntesis, 287 p.
- PUCHEU M., Mario (1999) "El derecho a edificar en la legislación urbanística" /en/ *Revista de Derecho U. de Concepción*, año LXVII N° 206, p. 37-41.
- PUGLIATI, Salvatore (1954) *La Proprietà e le Proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*. /en/ *La Proprietà nel Nuovo Diritto*. Milán: Dott. A. Giuffrè, p. 145-309.
- PUYOL, Rafael, ESTEBANEZ, José y MÉNDEZ, Ricardo (1992) *Geografía humana*, Madrid: Cátedra, 727 p.
- QUINTANA L., Tomás (2007) *Los patrimonios municipales del suelo*. Madrid: Iustel, 256 p.
- QUINTANA L., Tomás y LOBATO G., J. Miguel (1996) *La constitución y gestión de los patrimonios municipales del suelo*. Madrid: Marcial Pons, 146 p.
- QUINTANILLA P., Álvaro (2004) "Corte Suprema en caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina Galletué". /en/ *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado, Chile)* N° 12.
- RAGEL S., Luis (1990) *Las urbanizaciones de uso privado*, Madrid: Tecnos, 159 p.
- RAJEVIC M., Enrique (2007) "La urgente reforma del sistema de control administrativo: una exigencia de la probidad". /en/ *Revista de Derecho Público* Vol. N° 69 (Actas de las XXXVI Jornadas de Derecho Público), U. de Chile, p. 36-59.
- (2001) "La Planificación Urbana en Chile". /en/ *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado, Chile)* N° 3, p. 81-100.
- (1998) "La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana". /en/ *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 1, p. 65-112.
- (1996) "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada". /en/ *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 1, p. 23-97.
- RAMS A., Joaquín (2005) *El derecho a edificar*. /en/ PÉREZ H., José (coord.). *Hacia un nuevo urbanismo: curso sobre ordenación del espacio y régimen del suelo*, T. I. Madrid: Fundación de Estudios Inmobiliarios, p. 313-340.
- RAVINET D., Jaime (2004) "La política habitacional chilena: alternativas de acceso a la vivienda para las familias más pobres", en *Boletín del Instituto de la Vivienda*, Universidad de Chile Vol. 19 N° 50, p. 132-147.
- REY M., Fernando (2005) *El devaluado derecho fundamental de propiedad privada*. /en/ BASTIDA F., Francisco (coord.). *Propiedad y derecho constitucional*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 195-230.
- (1994) *La propiedad privada en la Constitución Española*. Madrid: BOE - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 462 p.
- REYES R., Jorge (1993) "El Estado como regulador, mediante ley, del ejercicio de los derechos fundamentales y de contralor de dicha normativa". /en/ *Revista Chilena de Derecho*, Vol. N° 20 N°1, p. 69-91.

- RICARDO, David (1959[1917]) *Principios de Economía Política y Tributación*. /en/ Ricardo, David. *Obras y Correspondencia*, Vol. I, editadas por Piero Sraffa con la colaboración de M. H. Dobb. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 332 p.
- RÍOS A., Lautaro (2007) "*La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno*". /en/ Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 5 N° 2, p. 37-60.
- RODOTÁ, Stefano (1986) *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, prólogo y trad. de Luis Díez-Picazo (ed. original, 1981). Madrid: Civitas, 423 p.
- RODRÍGUEZ, Alfredo y SUGRANYES, Ana (2005) *Aportes para un debate*. /en/ RODRÍGUEZ, Alfredo y SUGRANYES, Ana (eds.). *Los con Techo. Un desafío para la política de vivienda social*. Santiago de Chile, p. 13-9.
- RODRÍGUEZ, Alfredo y SUGRANYES, Ana, eds. (2005) *Los con Techo. Un desafío para la política de vivienda social*. Santiago de Chile, 265 p.
- RODRÍGUEZ P., María E (2002) *La Nueva Generación de Derechos Humanos. Origen y Justificación*. Madrid: Dykinson, 481 p.
- RODRÍGUEZ, Jorge y VILLA, Miguel (1998) "*Distribución espacial de la población, urbanización y ciudades intermedias: hechos en su contexto*", en *Ciudades intermedias de América Latina y el Caribe: propuestas para la gestión urbana* (eds. R. JORDÁN & D. SIMIONI), Santiago de Chile: CEPAL-Ministero degli Affari Esteri Cooperazione Italiana.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M^a (2009) *La forma de vincular de los preceptos del capítulo tercero del título primero de la Constitución Española*. /en/ CASAS B., María y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, dirs. *Comentarios a la Constitución Española: XXX aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, p. 1187-1192.
- (2000) *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons,
- RODRÍGUEZ L., Julio (2009) *Los mercados de vivienda pueden tocar fondo en 2009*, en CyT Vol. XLI N° 160, p. 365-390.
- (2007) *Ley de Suelo y mercado de vivienda*, en CyT Vol. XXIX N° 152-153, p. 481-491.
- RODRÍGUEZ V., Jorge (2004). *Migración interna en América Latina y el Caribe: estudio regional del período 1980-2000*. CEPAL [LC/L. 2059-P] Medio Ambiente y Desarrollo N° 50.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA P., Jorge (2002) "*¿Puede ser la propiedad un derecho fundamental? Reflexiones sobre la concepción estatutaria de la propiedad del suelo en relación con el nuevo Derecho Europeo*". /en/ SÁNCHEZ G., Enrique (dir.). *Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*. Madrid: El Consultor, La Ley y Consejería de Obras Públicas y Urbanismo de la Comunidad de Madrid, 1.220 p.
- ROGER F., Gerardo (2001) *Nuevos instrumentos para la producción de ciudad: la gestión del urbanismo en la escala intermedia*. /en/ URBAN N°6, p. 35-52
- (1998) *Aplicación del régimen de concurso a la gestión y ejecución del suelo urbano*. /en/ CyT N° 117-118, p. 687-695.

- (1993) *Necesidad y oportunidad de una visión alternativa al tratamiento legal del proceso urbanístico*. /en/ CyT Nº 95-96, p. 87-105.
- ROGER F., Gerardo y FERNÁNDEZ M., Pablo (2002) *Balance actual del modelo urbanístico valenciano. Apuntes para un análisis propositivo*. /en/ RDUyMA Nº193, p. 59-81.
- ROMERO H., Federico (2001) *Conservación de la urbanización. Las entidades urbanísticas de conservación*. /en/ MENÉNDEZ R., Ángel, et. al. (2001) *Manual de Urbanismo*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, p. 573-596.
- ROSITO A., Giuseppe (2003) "Breves notas sobre el Derecho Urbanístico", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* (eds. A. ARISMENDI & J. CABALLERO), vol. III, Madrid: Civitas, p. 3080-3105.
- ROSSI, Aldo (1999) *La arquitectura de la ciudad*, 10ª ed., trad. J. FERRER-FERRER & S. TARRAGÓ, Barcelona: Gustavo Gili, 310 p.
- ROVIRA P., Adriano (2002) "Los barrios cerrados de Santiago de Chile: en busca de la seguridad y privacidad perdidas", en *Latinoamérica: países abiertos, ciudades cerradas*. (ed. L. CABRALES B.), Guadalajara (México): UNESCO / Universidad de Guadalajara, p. 351-369.
- ROZAS V., Fernando (1984) *Los Bienes*. Santiago de Chile: Distribuidora Forense, 469 p.
- RUIZ O., Alberto (1997) *La propiedad privada como fundamento jurídico de la liberación del suelo*. /en/ RDUyMA Nº155, p. 153-166.
- RUIZ-RICO R., Julia (1987) *Las urbanizaciones privadas*, Madrid: Montecorvo, 179 p.
- ROVIRA P., Adriano (2002) "Los barrios cerrados de Santiago de Chile: en busca de la
- RUIZ-TAGLE V., Pablo (2006) *Orden público económico, subsidiariedad y la alternativa democrática* /en/ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE V., Pablo. *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago de Chile: LOM, p. 323-340.
- SABATINI, Francisco, CÁCERES, Gonzalo y CERDA, Jorge (2001) "Segregación residencial en las principales ciudades chilenas: Tendencias de las tres últimas décadas y posibles cursos de acción", en EURE, Vol. 27 Nº 82, p. 21-42.
- SABATINI, Francisco, y SIERRALTA, Carlos (2007) *Medición de la segregación residencial: meandros teóricos y metodológicos, y especificidad latinoamericana*. Documento de Trabajo Nº 38 Instituto de Estudios Urbanos, P. Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 31 p.
- SALA A., José (2005) "Potestad administrativa y derechos fundamentales". /en/ PÉREZ H., José (coord.). *Hacia un nuevo urbanismo: curso sobre ordenación del espacio y régimen del suelo*, T. I. Madrid: Fundación de Estudios Inmobiliarios, p. 215-230.
- SALCEDO H., Rodrigo (2002) "El espacio público en el debate actual: Una reflexión crítica sobre el urbanismo post-moderno", en EURE, Vol. 28 Nº 84, p. 5-19.
- SALCEDO, Rodrigo (2001) "McKenzie, Evan (1995). *Privatopia: Homeowner associations and the rise of the residential private government*. New Haven: Yale University Press", en EURE, Vol. 27 Nº 82, p. 121-124.

- SALVIA, Filippo Y TERESI, Francesco (2002) *Diritto Urbanístico*, 7ª ed., Padova: CEDAM, 346 p.
- SAMUELSON, Paul Y NORDHAUS, William (2002) *Economía* (traducción de Esther Rabasco, Luis Toharía, 17ª ed. Madrid: McGraw-Hill, 701 p.
- SÁNCHEZ, Anna (2006) "*Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad*", en *Herramientas para la defensa de los Derechos económicos, Sociales y Culturales* (coord. G. PISARELLO & V. VALIÑO) Barcelona: Observatori DESC, 2006.
- SÁNCHEZ G., Enrique, dir. (2007) *Ley de Suelo. Comentario Sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*. Madrid: La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, 966 p.
- SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Nicolás (1994) *La población de América Latina: desde los tiempos precolombinos al año 2025*, 2ª ed., Madrid: Alianza, 269 p.
- SÁNCHEZ DE JUAN, Joan-Anton (2000) *La "destrucción creadora": el lenguaje de la reforma urbana en tres ciudades de la Europa mediterránea a finales del siglo XIX (Marsella, Nápoles y Barcelona)*. en *Scripta Nova* <http://www.ub.es/geocrit/sn-63.htm> [consultado el 24.05.2008, a las 15:30 hrs.]
- SÁNCHEZ DE MADARIAGA, Inés (1999) *Introducción al Urbanismo. Conceptos y métodos de la planificación urbana*, Madrid: Alianza, 173 p.
- (1998) *La práctica urbanística emergente en los Estados Unidos: Un análisis desde la perspectiva europea*. Madrid: U. Carlos III - Boletín Oficial del Estado, 169 p.
- SANDRONI, Paulo (2001) "*Plusvalías urbanas en Brasil: creación, recuperación y apropiación en la ciudad de Sao Paulo*", en *Recuperación de plusvalías en América Latina. Alternativas para el desarrollo urbano* (eds. M. SMOLKA & F. FURTADO), Santiago de Chile: Eurelibros, p. 37-70.
- SANHUEZA, Claudia y LARRAÑAGA, Osvaldo (2008) *Las consecuencias de la segregación residencial para los más pobres*, Observatorio Económico N° 19, Facultad de Economía y Negocios de la Universidad Alberto Hurtado, disponible en <http://www.economiaynegocios.uahurtado.cl/observatorio/html/numero19julio2008.html> [consultado el 24.05.2010, a las 15:30 hrs.]
- SANTAMARÍA P., Juan A. (1988) *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1244 p.
- SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente (1890) *Curso de Derecho Político según la filosofía política moderna, la historia general de España y la legislación vigente*, 4ª ed. Madrid, 858 p.
- SAPENA T., Joaquín (1966) "*Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas*", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 455, p. 975-985.
- SCHMITT, Carl (1934) *Teoría de la constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 457 p.
- SCHNITTER, Patricia (2003). *Sert y Wiener en Colombia. La vivienda social en la aplicación del urbanismo moderno*. en *Scripta Nova*, Vol. VII, [http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146\(035\).htm](http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146(035).htm) [consultado el 02.06.2009, a las 15:40 hrs.]
- SERRA, Eduardo (1979) *La empresa pública en la Constitución*. /en/ *Revista Española de Derecho Administrativo* N°22, julio/septiembre, p. 351-364.

- SERRANO L., Juan (1999) *Los Programas de Actuaciones Integradas establecidos por la Ley valenciana urbanística*. /en/ REDA N°104, p. 595-630.
- SICA, Paolo (1981) *Historia del urbanismo*, S. XIX, T. 1, trad. J. HERNÁNDEZ, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 622 p.
- SÍNDIC DE GREUGES (2008) *La segregación escolar en Cataluña, mayo de 2008*. Barcelona: Síndic de Greuges de Catalunya, 229 p., en http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2266/segregacio_escolar_web.pdf [consultado el 01.06.2010, a las 00:40 hrs.]
- ____ (2006) Informe al Parlamento 2006. Barcelona: Síndic de Greuges de Catalunya, 584 p., en http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2187/50_Informe%20al%20Parlamento%202006%20cast.pdf [consultado el 30.05.2010, a las 15:00 hrs.]
- SMOLKA, Martim y AMBORSKI, David (2003) "Recuperación de plusvalías para el desarrollo urbano: una comparación inter-americana". /en/ EURE, Vol. 29 N° 88, p. 55-77.
- SMOLKA, Martim y FURTADA, Fernando, eds. (2001) *Recuperación de plusvalías en América Latina. Alternativas para el desarrollo urbano*, Santiago de Chile: Eurelibros, 226 p.
- SORIANO G., José (1997) *La liberalización del suelo*. /en/ *El urbanismo hoy. Reflexiones a propósito de la STC 61/1997 y el proyecto de nueva Ley estatal*. PAREJO A., Luciano (coord.). Madrid: Instituto Pascual Madoz U. Carlos III, p. 19-54.
- ____ (1995) *Hacia la tercera desamortización (por la reforma de la ley del suelo)*. Madrid: Marcial Pons e IDELCO, 134 p.
- SOTO D., Nicolás y HORMAZÁBAL S., Rodrigo (2009) "Mi vecino apesta: una aproximación sociológica al fenómeno LULU". /en/ Revista INVI, vol. 24, N° 65, p. 139-176.
- SOTO K., Eduardo (1982) *El recurso de protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile: Jurídica, 582 p.
- STIGLER, George (1979) *La competencia perfecta históricamente contemplada*. /en/ *Historia del pensamiento económico (Essays in the history of economics, 1965, trad. por Emilio Sierra)*. Buenos Aires: El Ateneo, 1979, p. 144-162 ("Perfect Competition Historically Contemplated", originalmente publicado en Journal of Political Economy, vol. 55, febrero 1957).
- SUÁREZ G., Fernando (1967) *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 287 p.
- SUGRANYES, Ana. *La política habitacional en Chile, 1980-2000: un éxito liberal para dar techo a los pobres*. /en/ RODRÍGUEZ, Alfredo y SUGRANYES, Ana (eds.). *Los con Techo. Un desafío para la política habitacional*. Santiago de Chile, 2005, p. 23-57.
- SVAMPA, M (2001) *Los que ganaron. La vida en los countries y barrios privados*, Buenos Aires: Biblos, 282 p.
- SZALACHMAN, Raquel (2000). *Perfil de déficit y políticas de vivienda de interés social: situación de algunos países de la región en los noventa* CEPAL [LC/L.1417-P] Financiamiento del desarrollo N° 103.

- TARDÍO P., Juan A. (2007) *La gestión urbanística en el derecho Derecho de la Unión Europea, del Estado Español y de la Comunidad Valenciana*, Navarra: Thomson Aranzadi, 568 p.
- TAFUNELL, Xavier (1992) "La construcción en Barcelona, 1860-1935: Continuidad y cambio", en *Las ciudades en la modernización de España. Los decenios interseculares* (ed. J. L. GARCÍA D.), Madrid: Siglo XXI.
- TAVOLARI O., Raúl ¿Es constitucionalmente posible, embargar y subastar bienes en el juicio ejecutivo? /en/ Gaceta jurídica (Chile) N° 162, 1993, p. 7-9.
- TEJEDOR B., Julio (2002) *Los sistemas de actuación entre la tradición y la modernidad. Su configuración como esquemas típicos de relación en la ejecución de la obra pública urbanizadora*. /en/ RUyE N° 6, p. 61-91.
- (1998a) *Un modelo urbanístico alternativo: el Derecho francés*, Barcelona: CEDECS, 176 p.
- (1998b) *Propiedad, Equidistribución y Urbanismo*. Pamplona, Aranzadi, 395 p.
- TELLA, Guillermo y WELCH, Max (2002) "Importando la periferia a Buenos Aires. Urbanizaciones cerradas en la ciudad consolidada", en *Latinoamérica: países abiertos, ciudades cerradas* (ed. L. F. CABRALES B.), Guadalajara (México): UNESCO / Universidad de Guadalajara, p. 319-348.
- TERÉ P., Alejandro (2006) "La gestión del urbanismo y la financiación de las Entidades municipales". /en/ Revista española de control externo Vol. 8 N° 23, p. 39-60.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1995) *La competencia en España: Balance y nuevas propuestas*. Madrid, 247 p. (disponible en <http://www.cncompetencia.es/>)
- (1993) *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*. Madrid, 177 p. (disponible en <http://www.cncompetencia.es/>)
- TRILLA, Carme (2001) *La política de vivienda en una perspectiva europea comparada*. Barcelona: Fundación La Caixa, 208 p.
- TRIVELLI O., Pablo (2009a) *Sobre la evolución de la política urbana y la política de suelo en el Gran Santiago en el periodo 1979-2008*. /en/ RODRÍGUEZ, Alfredo y RODRÍGUEZ, Paola (eds.). *Santiago, una ciudad neoliberal*. Quito: OLACCHI, p. 207-227.
- (2009b) *Sobre la propuesta de modificación de Plan Regulador Metropolitano de Santiago*. /en/ Café de las Ciudades N° 77 (disponible en http://www.cafedelasciudades.com.ar/planes_77.htm, consultado el 24.07.2010, a las 15:00 hrs)
- (2000) *Gestión Urbana para el Desarrollo Sustentable de las Grandes Ciudades Latinoamericanas*. en URBAN 21, Conferencia Regional para América Latina y El Caribe-Gestión Urbana para el Desarrollo Sustentable. Río de Janeiro, Brasil.
- (1990-1991) *Autoritarismo político y liberalismo urbano*. /en/ CyT N° 86-87, p. 17-28
- (1981) *Reflexiones en torno a la política nacional de desarrollo urbano*. /en/ EURE, Vol. 8 N° 22, p. 43-64.
- ULLOA O., Felipe & ZUNINO, Hugo (2009) *Construcción Social del Territorio: Agentes y el Proceso de Desarrollo Urbano en la Comuna de Peñalolén, Santiago, Chile (1999-2006)*, documento presentado en Coloquio Internacional "Construir la resiliencia de los territorios: riesgo y seguridad del desarrollo" (2007),

- disponible en http://web.proyectamerica.cl/documentos/coloquio_resiliencia_fullosa_def.pdf
- UNIÓN EUROPEA (1999) *Estrategia Territorial Europea*, acordada en la reunión informal de Ministros responsables de ordenación del territorio en Potsdam de mayo de 1999, Comisión Europea, 89 p. (disponible en http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/pdf/sum_es.pdf)
- VALDEÓN B., Julio (1991) "Reflexiones sobre las murallas urbanas de la Castilla medieval", en *La ciudad y las murallas* (eds. C. DE SETA & J. LE GOFF), Madrid: Cátedra, p. 67-87.
- VALLEJO G., Rodrigo y PARDOW L., Diego (2008) *Derribando mitos sobre el estado empresario*. /en/ Revista Chilena de Derecho Vol. 35 N° 1, p. 135-156.
- VAQUER C., Marcos (2003) "Constitución, Ley de Suelo y ordenamiento territorial y urbanístico", en VV.AA. *El nuevo régimen jurídico del suelo* Madrid: Iustel, p. 69-115.
- ____ (2003) "La Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad", en *Cuadernos de derecho local* N° 2, 2003, p. 139-145.
- VARGAS Z., Osvaldo. *Acerca de la actividad empresarial del Estado. Tesis de Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional*. Santiago de Chile: P. Universidad Católica, 1998, 141 p.
- VELASCO C., Francisco (2009) *Artículo 45*. /en/ CASAS B., María y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (dirs). *Comentarios a la Constitución Española: XXX aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, p. 1088-1093.
- VERGARA B., Alejandro (2001) *La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980*. /en/ NAVARRO B., Enrique (ed.). *20 años de la constitución chilena 1981-2001*. Santiago de Chile: Conosur, p. 369-389.
- ____ (1991-92) "La Propietarización de los Derechos", en *Revista de Derecho U.C.V.*, Vol. XIV, p. 281-291.
- VILLAR R., Francisco (2008) *La reserva de suelo para vivienda protegida*. /en/ VV.AA. *El derecho urbanístico del siglo XXI: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, V. 1 (Urbanismo y vivienda), p. 635-673.
- VIGNOCCHI, Gustavo (1971) "Planes reguladores y planificación urbanística en el Derecho italiano", en *RAP* N° 66, p. 13-4.
- VINUESA A., Julio y VIDAL D., Mª Jesús (1991) *Los procesos de urbanización*, Madrid: Síntesis, 205 p.
- VIVES, Pedro (1997) "Ciudad y Territorio en la América Colonial", en *La ciudad hispanoamericana. El sueño de un orden* (ed. VV.AA), Madrid: Ministerio de Fomento, p. 223.
- VV.AA. (1998) *Socialismo premarxista*, 2ª ed., trad. P. B. GALA, Madrid: Tecnos, 206 p.
- VV.AA. (1997) *La ciudad hispanoamericana. El sueño de un orden*, Madrid: Ministerio de Fomento, 303 p.
- WACQUANT, Loïc (2001) *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*. Buenos Aires: Manantial, 204 p.
- WEBER, Adna Ferrin (1967) *The growth of cities in the nineteenth century: a study in statistics*, Ithaca, New York: Cornell University Press, 495 p.

- WEBER, Max (1993) *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva*, 2ª ed. en español de 4ª ed. en alemán, 7ª reimp., trad. J. WINCKELMANN, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 945 p.
- WEYL, Heinz (1970) "Evolución de los fundamentos jurídico-legales de la renovación urbana en la Gran Bretaña", en *Revista de Derecho Urbanístico* N° 16, p. 27-32.
- WIRTH, Louis (1938) "Urbanism as a Way of Life", en *American Journal of Sociology*, Vol. 44 N° 1, p. 1-24.
- ZIEGLER, Edward H (2001) "Gobierno local, crecimiento urbano disperso y desarrollo sostenible en los Estados Unidos: lecciones sobre gestión del crecimiento para el nuevo milenio", en *Anuario del Gobierno Local 2001* (ed. T. FONT I LLOVET), Madrid: Marcial Pons, p. 199-228.
- ZÚÑIGA U., Francisco y PERRAMONT S., Alfonso (2003) *Acciones constitucionales*, Santiago de Chile: LexisNexis, 218 p.